

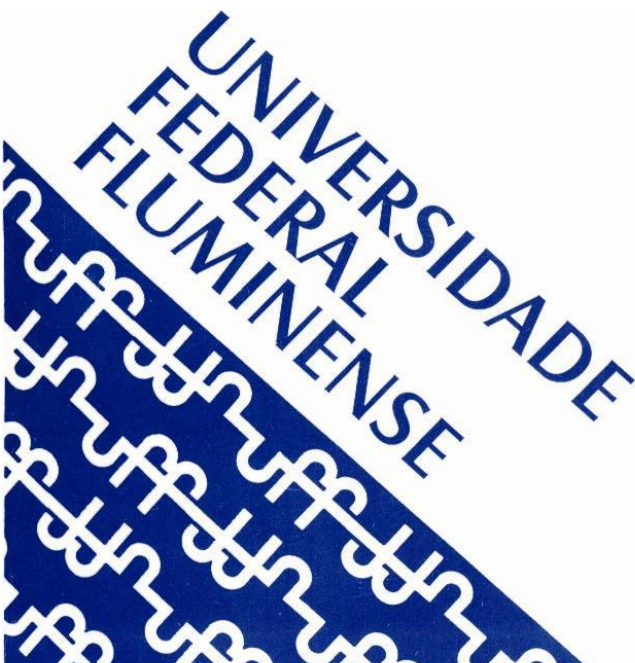
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM JUSTIÇA ADMINISTRATIVA
MESTRADO PROFISSIONAL EM JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

GISELE CHAVES SAMPAIO ALCÂNTARA

O PODER JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:
ANÁLISE SOBRE AS AÇÕES INDIVIDUAIS DE FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO

NITERÓI

2012



GISELE CHAVES SAMPAIO ALCÂNTARA

**O PODER JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:
ANÁLISE SOBRE AS AÇÕES INDIVIDUAIS DE FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO**

Dissertação apresentada à Coordenação do Curso de Mestrado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Justiça Administrativa e Saúde Coletiva.

Orientador: Prof. Dr. TULIO BATISTA FRANCO

Coorientador: Prof. Dr. RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

Niterói
2012

GISELE CHAVES SAMPAIO ALCÂNTARA

**O PODER JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:
ANÁLISE SOBRE AS AÇÕES INDIVIDUAIS DE FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO**

Dissertação apresentada à Coordenação do Curso de Mestrado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Justiça administrativa e Saúde Coletiva.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. TULIO BATISTA FRANCO - Orientador
Universidade Federal Fluminense – UFF

Prof.^a Dr.^a GERMANA DE OLIVEIRA MORAES
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. RUY AFONSO SANTACRUZ LIMA
Universidade Federal Fluminense - UFF

Niterói
2012

Dedico esta dissertação ao meu marido, César, pelo amor e apoio que me inspiram e encorajam, e aos meus pais, Gentil e Gizeuda, por me ensinarem desde cedo que *tudo podemos Naquele que nos fortalece* (Fil 4:13).

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus e a Nossa Senhora, por serem minha força, motivação e razão de existir.

Sou grata ao meu orientador, Professor Doutor Tulio Batista Franco, pelo exemplo de serenidade, disponibilidade irrestrita e generosidade no compartilhamento de conhecimentos.

Dirijo agradecimentos ao Professor Doutor Ruy Afonso Santacruz Lima, que, com suas lições sobre a análise do Direito à luz da Economia, inspirou-me a desenvolver este trabalho.

Sou reconhecida aos meus Tios Clerton e Simone, pelo incentivo, apoio e auxílio na realização deste trabalho.

Obrigada à Tia Valdeci, cujas orações e carinho me protegem e alimentam pelos caminhos da vida.

Gratificada sou, por fim, a todos aqueles que, de modo direto ou indireto, contribuíram para que a realização deste trabalho-sonho se tornasse real.

“Taking rights seriously means taking scarcity seriously.” (Stephen Holmes e Cass R. Sunstein).

RESUMO

Versa sobre a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde no Brasil, no campo específico das demandas individuais de fornecimento de medicamentos pelo Estado, ante a perspectiva da escassez dos recursos orçamentários. Partindo da análise das bases jusfilosóficas que norteiam o papel ativo do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, assim como do estudo dos fundamentos e da configuração constitucional da saúde como direito social tutelado pela ordem constitucional de 1988, promove a análise do fenômeno gerado pela proliferação do número de demandas de saúde no Brasil nos últimos anos. Reconhecido tal fenômeno e analisados os impactos e reações que produz, promove uma análise do principal instrumento de racionalização e uniformização da análise judicial no campo do fornecimento de medicamentos: os parâmetros delineados pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Avaliado tal critério e reconhecido que, malgrado sua abrangência, ele não privilegia uma análise aprofundada acerca da escassez dos recursos orçamentários, propõe então, com suporte na Teoria dos Jogos, uma reflexão acerca da macrojustiça envolvida nestas demandas, apresentando, então, o problema do custo dos direitos e os seus reflexos na alocação de recursos escassos na área de saúde. Ante esta perspectiva, propõe então o estudo e avaliação de alguns parâmetros de racionalização propostos pela doutrina e que contemplam a questão da escassez, apontando o critério da “comprovação da hipossuficiência”, proposto por Guilherme Beux Nassif Azem, como o mais adequado para complementar o delineamento proposto por Gilmar Mendes na STA 175, colaborando, assim, para uma mais completa racionalização do problema da chamada “judicialização excessiva” no campo das demandas individuais de fornecimento de medicamentos.

Palavras-chave: Concretização Judicial, Direito à Saúde, Fornecimento de Medicamentos, Escassez, Hipossuficiência.

ABSTRACT

The study argues on the role of Judiciary in concretizing the right to health in Brazil, specifically for State individual demands of drug supplies, considering the scarce budget resources prospect. From the analysis of legal philosophy thought bases that form and guide the active role of Judiciary in the implementation of fundamental rights, as well as the study of foundations and constitutional configuration of health as social right protected by the 1988 constitutional order, it analyses the phenomenon that the increase on demand has generated in the last years. Identifying such phenomenon and arguing on the impacts and reactions it has produced, the study analyzes the main instrument of rationalization and standardization of judicial review in the field of medicine supply: the parameters the Minister Gilmar Mendes outlined in the case of suspension of advance claim rights nº 175. Evaluating this criterion and recognizing that, despite its comprehensiveness, it does not take into account an in depth analysis of the scarcity of budgetary resources, the study proposes from the Theory of Games an account of macrojustice involved in these demands, then presents the problem of rights costs and their reflections in the allocation of scarce resources in public health. Faced with such prospect, it puts forward for consideration the study and evaluation of some rationalization parameters proposed by the doctrine that address the issue of scarcity, pointing to Guilherme Azem Beux Nassif's criterion of "hiposufficiency comprobation" as the most suited to complement the design proposed by Gilmar Mendes in STA 175, contributing thus to a more complete rationalization of the so-called "excessive judicialization" of individual demands in the field of drug supply.

Keywords: Judicial Achievement, Right to Health, Drug Supply, Scarcity, Hiposufficiency.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BASES TEÓRICAS, ORIGEM E EVOLUÇÃO.....	16
2.1	Interpretação e concretização das normas constitucionais e dos direitos fundamentais: do positivismo formal ao pós-positivismo material.....	16
2.2	Teoria da Separação dos Poderes e o papel do Poder Judiciário no controle da supremacia das normas constitucionais e da efetividade dos direitos fundamentais: evolução.....	26
3	O DIREITO À SAÚDE.....	34
3.1	Os direitos sociais: origem e fundamento.....	34
3.2	Direito à saúde: direito social protegido sob Ordem Constitucional de 1988.....	38
3.3	Sistema Único de Saúde (SUS): garantia fundamental do direito à saúde no Brasil....	44
3.3.1	O SUS e a assistência farmacêutica.....	52
4	CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	59
4.1	A concretização judicial do direito à saúde na Ordem Constitucional de 1988.....	59
4.1.1	As ações individuais de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público.....	63
4.2	Efeitos e reações.....	67
4.3	A Suspensão de Tutela Antecipada n ° 175.....	71
5	CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: NECESSIDADES INFINITAS VERSUS RECURSOS LIMITADOS.....	76
5.1	Teoria dos Jogos, Microjustiça e Macrojustiça: o risco da Tragédia dos Comuns.....	76
5.2	O custo dos direitos e a alocação de recursos escassos na área de saúde.....	81
5.3	Princípio da Reserva do Possível.....	87
5.4	Princípio da Proporcionalidade.....	90
5.5	Princípio da Razoabilidade.....	93
5.6	O Mínimo Existencial: o Núcleo Essencial do Direito	94

5.6.1	O Mínimo Existencial em Saúde.....	95
6	CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NAS AÇÕES INDIVIDUAIS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO: EM BUSCA DE UM PARÂMETRO RACIONALIZADOR QUE PRIVILEGIE A QUESTÃO DA ESCASSEZ.....	100
6.1	Luís Roberto Barroso e as Listas Elaboradas pelos Entes Federativos.....	100
6.2	Lenir Santos e o Padrão de Integralidade na Assistência Farmacêutica do SUS.....	103
6.3	Guilherme Beux Nassif Azem e a Comprovação da Hipossuficiência.....	106
6.4	Análise crítica dos critérios apresentados: proposta de solução à luz das premissas estabelecidas.....	111
7	CONCLUSÃO.....	128
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	133
	ANEXO 1 – RELATÓRIO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SOBRE AS “DEMANDAS JUDICIAIS DA SAÚDE” NO BRASIL.....	150
	ANEXO 2 – INTEIRO TEOR DA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA PELO MINISTRO GILMAR MENDES NOS AUTOS DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175.....	152