

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO PROVIMENTO DE TRATAMENTOS PARA DIABETES¹

Talita Késsia Andrade Leite²

Resumo: A judicialização das políticas públicas é um tema que se encontra em amplo debate na jurisprudência brasileira, pois trata da interferência do Poder Judiciário no provimento de tratamentos para os indivíduos, os quais tem o seu pleito negado pela administração pública, ou simplesmente recorrem ao judiciário para exigir um direito que já é fornecido pelo poder público. Este trabalho, especificamente, trata da judicialização quanto ao provimento de tratamentos para diabéticos. No decorrer da exposição, se analisa o conteúdo normativo do direito à saúde, como também as políticas públicas no Brasil, em Minas Gerais e em Belo Horizonte que visam garantir o acesso dos diabéticos à saúde pública, assim como a jurisprudência afeta ao tema.

Palavras-Chave: Judicialização – Diabetes – Direito à Saúde

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICY IN PROVIDING TREATMENTS FOR DIABETES

Abstract: The judicialization of public policy is a subject that is in wide-ranging debate in Brazilian jurisprudence, because this

¹ Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, na data de 16 de junho de 2012, sob orientação do prof. Mestre Bernardo Augusto Ferreira Duarte, como condição para obtenção do grau em bacharel em Direito.

² Advogada habilitada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Endereço eletrônico: talitakessia@uol.com.br. Orientador: Bernardo Augusto Ferreira Duarte. Endereço eletrônico: bernardoafduarte@hotmail.com.

interference of the judiciary in providing treatment for individuals, which has its claim denied by the government, or simply resort to the judiciary to require a right that is already provided by the public. This paper specifically deals with the legalization regarding the provision of treatment for diabetics. During the exhibition, we analyze the normative content of the right to health, as well as public policies in Brazil, in Minas Gerais in Belo Horizonte and aimed at guaranteeing access to public health of diabetics, as the case law affects the subject.

Keywords: Judicialization - Diabetes - Right to Health

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito à saúde como direito fundamental na concepção pós-positivista. Análise da concepção crítico-deliberativa. 2.1. A saúde como um direito público fundamental. 2.2. A legislação e as políticas públicas que adensam conteúdo do direito à saúde ao diabético. 2.2.1. A legislação federal e do estado de minas gerais sobre a assistência terapêutica ao diabético. 2.2.2. A incorporação de medicamentos e de tecnologias no sistema único de saúde 2.2.3 as políticas públicas de saúde que abrangem o tratamento da diabetes no Brasil, em Minas Gerais e em Belo Horizonte. 3. O custo dos direitos sociais. 3.1. A reserva do possível e seus critérios de aplicação no direito à saúde. 4. A argumentação jurisdicional na aplicação do direito à saúde no provimento de tratamentos para diabéticos. 4.1 Considerações preliminares. 4.2. Argumentos jurisdicionais legítimos e ilegítimos. Análise de casos concretos. 4.2.1 Da impropriedade do mandado de segurança na concessão de medicamentos. 4.2.2 Outras teses. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.



1. INTRODUÇÃO

A concepção pós-positivista adotada neste trabalho tem como fundamento a concepção “crítico deliberativa” pautada na obra “Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais”³ de Bernardo Augusto Ferreira Duarte.

A adoção desse marco justifica-se pela novidade que traz ao direito brasileiro, ao conceber uma posição discursiva na interpretação dos Direitos Humanos e fundamentais, não apenas legalista e juspositivista, como fizeram e fazem diversos juristas e julgadores na atualidade.

O tema proposto tem sido amplamente discutido em sede doutrinária e jurisprudencial brasileira, pois tange à concessão de um Direito Fundamental que não é efetivamente provido pelo poder público. Assim, as demandas judiciais pela efetivação desse direito têm crescido amplamente, com vasta gama de decisões sobre o tema.

O foco desta pesquisa é o provimento de tratamentos para diabéticos, tema que possui ampla relação com a doença que a autora vem enfrentado há 10 anos. Proceder essa pesquisa acrescentou amplamente seu o conhecimento sobre os programas de saúde de assistência ao diabético existentes no país, em Minas Gerais e em Belo Horizonte, cidade na qual reside e com certeza, complementará o conhecimento de muitos sobre a assistência farmacêutica e terapêutica ao diabético.

Neste trabalho, abordam-se, primeiramente, as características da concepção pós-positivista crítico-deliberativa. Após, verifica-se o caráter fundamental do Direito

³ Obra de Bernardo Augusto Ferreira Duarte, fruto da sua dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

à Saúde, para depois abordarmos a legislação e as políticas públicas referentes à diabetes, tanto em âmbito federal, como estadual, com o foco no Estado de Minas Gerais.

A reserva do possível e o mínimo existencial, que configuram o custo dos direitos é o tema do capítulo 2 deste trabalho.

No capítulo 3 passa-se à análise das decisões que abrangem a judicialização das políticas públicas no tratamento da diabetes no Superior Tribunal de Justiça, no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nessa análise, aprofundamos algumas questões pontuadas pelo nosso marco teórico, para enfim traçar a concepção mais acertada, segundo o parâmetro adotado.

2. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONCEPÇÃO PÓS-POSITIVISTA. ANÁLISE DA CONCEPÇÃO CRÍTICO-DELIBERATIVA

Existem diversas concepções que questionam e que afirmam a fundamentalidade dos Direitos Sociais.

Duarte listou as concepções existentes, a saber: o Grupo A, que nega absolutamente o caráter jurídico-vinculante e fundamental dos Direitos Sociais; o Grupo B, o qual reconhece certa vinculação desses direitos, em seu caráter objetivo; o Grupo C, que propõe uma posição intermediária entre A e B; o Grupo D, que reconhece o caráter subjetivo desses direitos (DUARTE, 2012, p. 218).

A concepção pós-positivista e crítico-deliberativa, a qual é adotada neste trabalho, entende que os Direitos Fundamentais não são apenas manifestação legal, conteúdo de discursos de fundamentação, mas também conteúdo de discursos de aplicação, que implementam os primeiros de forma discursiva, levando em conta o diálogo hermenêutico constitucional e infraconstitucional, seja no plano das leis ou das políticas

públicas no que se refere aos Direitos Fundamentais.

Tal concepção trabalha com a faceta objetiva e subjetiva dos Direitos Sociais, ou seja, os concebe como dever do Estado e faculdade de seus titulares. Também os vê como mais que simples Direitos contra o Estado, porquanto reconhecidos também no plano horizontal, de forma recíproca entre os cidadãos (DUARTE, 2012, p. 314). O trecho reproduzido a seguir representa a visão subjetiva do autor sobre os Direitos Sociais:

A nosso ver, os Direitos sociais devem ser incluídos entre aqueles Direitos que são condição e consequência simultânea do exercício de uma cidadania ativa e efetiva, sendo, portanto, fundamentais. Eles integram o *sistema de direitos subjetivos* que os cidadãos estão obrigados a atribuir-se reciprocamente, em princípio no plano horizontal, caso intentem regular legitimamente a sua convivência por meio e através do direito positivo (DUARTE, 2012, p. 314-5).

Com base nessa passagem, é possível afirmar que os Direitos Sociais, e, em especial, o Direito à Saúde, são caracterizados na sua dimensão subjetiva pelo dever do cidadão e da comunidade na qual ele está incluído de tratarem reciprocamente do Direito Fundamental atribuído a cada indivíduo. Assim, não cabe apenas ao Estado conferir direitos aos cidadãos, promover políticas públicas, aumentar o número de leitos em hospitais etc., mas também ao cidadão promover um autocuidado com a sua saúde e ao meio social em que ele vive, por exemplo, à sua família promover cuidados com a saúde do seu parente, garantindo uma alimentação saudável, a prática de exercícios físicos e o acesso a orientações nutricionais, por exemplo.

Já na sua dimensão objetiva, o direito social passa a emanar um dever, que exige uma ação ou omissão estatal e dos

particulares.

Continua o autor dizendo que inicialmente, os Direitos Sociais constituem o mínimo existencial do cidadão, assumindo a configuração de “condições equitativas de oportunidades [...] na formação da vontade política na sociedade” (DUARTE, 2012, p. 315). Tal configuração é denominada pelo autor de “núcleo essencial absoluto dos direitos sociais” (DUARTE, 2012, p. 315). Assim, a partir do instante em que surgirem mais condições para a sua implementação o conteúdo os Direitos Sociais será ampliado.

No entanto, esse núcleo essencial absoluto de Direitos Fundamentais não é sempre estável, pois varia em seu conteúdo, visto que além de estar sujeito a “discursos de fundamentação” que são legislativos, constitucionais ou administrativos, na forma de políticas públicas, também se sujeita a “discursos de aplicação” que se fundamentam em programas normativos os quais promovem uma revisão dos sentidos do texto perante as especificidades do caso concreto, no âmbito judicial. Assim, os discursos de aplicação complementam o sentido normativo, vez que promovem a aplicação direta da norma ao caso concreto.⁴ Assim diz Duarte:

Num segundo momento, no entanto, o conteúdo dos Direitos sociais pode variar conteudisticamente, transcendendo seu conteúdo essencial absoluto inicial, principalmente em razão das cambiantes circunstâncias que permeiam,

⁴ Nas reuniões de orientação, o referido orientador chamou a atenção para o fato de que a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação é feita por Günther. A referência obtida no artigo “Contribuição e os Limites da Teoria de Klaus Günther: a Distinção Entre Discursos de Justificação e Discursos de Aplicação Como Fundamento para uma Reconstrução da Função Jurisdicional”, publicado por Pedron confirma o afirmado. Günther se referiu a esses discursos na obra *Der Sinn für Angemessenheit*, traduzida por John Farrell, publicada em New York pela State University of New York com o título de *The sense of appropriateness: application discourses in morality and Law* publicada em 1993, conforme cita Pedron (2009, p. 94/107).

diariamente, o pano de fundo compartilhado por seus destinatários e coautores. Em síntese, enquanto os discursos de fundamentação, sobretudo legislativos, podem fixar as bases para sua aplicação imparcial, regulamentando esses Direitos e agregando-lhes substância para além do *mínimo*, discursos de aplicação, partindo desses pontos de partida (programas normativos), podem rever, *in concreto*, a adequação dos sentidos textuais diante das especificidades do caso (âmbitos normativos), complementando a norma jurídica (concretização) sem recair nos padrões da justiça e da moralidade convencionais (DUARTE, 2012, p. 316).

É importante ressaltar que os discursos de aplicação sempre devem estar pautados em discursos de fundamentação legítimos. Se aqueles forem manejados sem o devido amparo fixado pelos discursos de fundamentação e sem os limites fixados pela argumentação da adequação, presente nos discursos de aplicação passam a ser entendidos como discursos de aplicação ilegítimos (DUARTE, 2012, p. 207). Ao dissertar sobre a incorporação da lógica econômica da escassez aos discursos de aplicação e de fundamentação, que é um dos critérios mais importantes na aplicação dos Direitos Sociais, Duarte (2012, p. 207) diz:

[...] Isso exigiria, ao menos em nossa ótica, uma “certa” vinculação argumentativa dos discursos de aplicação ao produto dos discursos de fundamentação. Mesmo assim, os discursos de aplicação não deveriam apenas *reproduzir o produto dos discursos de fundamentação*, nem simplesmente repetir a complexa história jurisprudencial acerca do tema, mas estar atentos às normas legítimas, à luz do horizonte de um futuro presente.

Ele exemplifica:

[...] só seria legítimo ao judiciário *alterar* dotações orçamentárias previamente definidas em discursos de fundamentação, por meio de discursos de aplicação jurisdicionais, por via reflexa. Em outras palavras, essa seria uma hipótese justificável apenas se vislumbrada a ilegitimidade das rubricas orçamentárias diante da Constituição (DUARTE, 2012, p. 207).

A teoria defendida possui grande influência na teoria de Habermas⁵, tentando ir além dela, pois trata dos Direitos Fundamentais com o viés pós-positivista crítico-deliberativo, que não foca a sua exposição apenas na concretização positivista do texto normativo, mas no significado que a linguagem e a razão dão a este (DUARTE, 2012, p. 314-5).

Cruz esclarece o projeto habermasiano:

[...] Assim, começamos por lembrar que, a despeito das inúmeras variações que a trajetória de nosso autor teve desde *Conhecimento e Interesse* até *Verdade e Justificação*, podemos afiançar que esse projeto não se modificou: a busca de emancipação humana pela razão, ou seja, o resgate do Aufklärung na filosofia da linguagem (CRUZ, 2010, p. 88)⁶.

Para Habermas, o Direito seria o instrumento através do qual a comunidade se organizaria. O sistema de Direitos Humanos seria “a linguagem condicionante da possibilidade de integração e o acordo mútuo entre os cidadãos” (DUARTE,

⁵ Ressalte-se que todas as referências feitas à Habermas e à sua teoria foram encontradas na obra do nosso marco teórico, Bernardo Augusto Ferreira Duarte, como também nas obras de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, citadas nas referências deste trabalho.

⁶ Segundo o dicionário Michaelis, Aufklärung significa esclarecimento (a expressão faz alusão ao Iluminismo) (KELLER, 2009).

2012, p. 62).

A esta conclusão chegou Habermas ao desvincular o princípio do discurso do princípio da moralidade, chegando ao princípio da democracia que é a conexão do Direito com o princípio do discurso. É necessário entender que Habermas percebeu que o discurso jurídico lidava com questões morais, éticas e pragmáticas e que não podia ser apenas entendido como um discurso moral (DUARTE, 2012, p. 62).

Além disso, Habermas ainda vinculou a soberania popular aos Direitos Humanos, de modo que estes (re)assumissem conteúdo com o discurso, elemento inafastável do ser humano (DUARTE, 2012, p. 63). Em síntese, haveria uma co-originalidade entre os Direitos Humanos Fundamentais e a soberania popular.

Duarte (2012) separa as concepções do grupo A em A.1 e A.2, sendo que em A.1 encontra-se a posição segundo a qual os Direitos Sociais possuem caráter simplesmente programático, ou seja, possuem conteúdo completamente indeterminado, não sendo capazes de gerar um conteúdo subjetivo, visto necessitarem de complementação legislativa e de efetivação pela administração. São meros apontamentos políticos (DUARTE, 2012, p. 219). Segundo Duarte, entre adeptos dessa concepção encontram-se José Alfredo de Oliveira Baracho e Raul Machado Horta, apesar de Horta às vezes afirmar que os Direitos Fundamentais possuem vinculabilidade objetiva (DUARTE, 2012, p. 220).

Essa é a concepção adotada na maioria dos países europeus, pois eles consideram que o Estado não pode ser compelido pela autoridade judiciária a fazer algo em prol da população, como cita Herrera:

Com efeito, quando se encontram enunciados normativos sobre os ‘direitos sociais’ na maior parte das constituições ocidentais redigidas nos últimos trinta anos, *a doutrina dominante na*

maioria dos países europeus se mostra sempre disposta a sustentar que eles não seriam autênticos direitos, exigíveis no sentido técnico jurídico do termo, mas pelo contrário ‘objetivos’, ‘fins’, ‘princípios’, não justificáveis perante (e pelos) tribunais. Não seriam exigíveis porque o Estado, e menos ainda, o Estado Democrático de Direito, não pode ser obrigado por uma autoridade judicial a fazer algo, enquanto que, pelo contrário, pode ser compelido a abster-se no campo dos direitos e liberdades individuais (HERRERA, 2010, p. 5).

Os adeptos da concepção A.2 negam ser os Direitos Sociais verdadeiros Direitos Fundamentais. A fundamentação da objeção está na sua suposta “incompatibilidade com o Estado de Direito (f.1), com o sistema de liberdades (f.2) ou com um sistema de economia de mercado (f.3).” A última justificativa poderia estar no custo dos direitos. Defendem essa concepção os doutrinadores Forsthoff, Hayek, Milton e Rose Friedman, chamados de “menos progressistas” ou “conservadores” e outros, chamados de “progressistas ou menos conservadores”, tais como Popper e Berlin e Bobbio, além de Babelet, Jori e Zolo (SAMPAIO *apud* DUARTE, 2012, p. 221).

O Grupo B reconhece o caráter objetivo dos Direitos Sociais, ora como normas fins do Estado (B.1), ora como comandos objetivos (B.2). É importante citar que o caráter normativo de tais disposições é reconhecido, no que supera a concepção do grupo A, mas não prevalece sobre a concepção que vislumbra a faceta subjetiva dos Direitos Sociais, pois ainda veem os Direitos Sociais como simples deveres do Estado, sem garantir ao indivíduo a possibilidade de pleiteá-los em juízo (DUARTE, 2012, p. 225).

Por sua vez, os adeptos do Grupo C cindem os Direitos Sociais em fundamentais e em não fundamentais. Duarte o

divide em C.1, a englobar a concepção defendida por Peces-Barba, na Espanha e em C.2 a incluir a visão de Ricardo Lobo Torres, no Brasil (DUARTE, 2012, p. 230).

Em C.1, Peces-Barba considera a maior parte dos Direitos Sociais como incompletos, apenas com uma faceta objetiva, pois dependem do legislador para se tornarem plenamente fundamentais. Para o doutrinador, seus destinatários são os representantes das funções executiva, legislativa e judiciária do Estado. A existência de recursos econômicos também é fundamental para a sua salvaguarda (DUARTE, 2012, p. 230).

Torres, em C.2 também condiciona os Direitos Sociais à “reserva do possível” e à “reserva orçamentária”, mas também trabalha com a noção de “mínimo existencial”, o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, que para ele é a condicionante para que os Direitos sociais sejam Direitos Fundamentais, assim entendidos os tangíveis pelos interesses fundamentais e pela dignidade da pessoa humana (DUARTE, 2012, p. 231). No entanto, ele falha na sua concepção, ao trabalhar com a “lógica da ponderação” dos Direitos Sociais de Alexy, unindo a isto parâmetros da teoria interna dos Direitos Fundamentais⁷, teorias essas que não são compatíveis entre si (DUARTE, 2012, p. 233-4).

O grupo D, por sua vez, reconhece aos Direitos Fundamentais uma faceta subjetiva, o que antes não fora feito nas outras concepções. Em D.1 está a corrente capitaneada por Canotilho e José Afonso da Silva, no Brasil, a qual entende os Direitos Sociais como pertencentes a uma “estrutura obrigacional tridimensional e verticalizada” (DUARTE, 2012,

⁷ A teoria interna, tal como explica Duarte, trabalha com a idéia de limites imanentes aos Direitos Fundamentais, enquanto a teoria externa trabalha com a restrição *a posteriori* desses direitos, proveniente de intervenções legítimas ao conteúdo *a priori* dos Direitos Fundamentais. (DUARTE, 2012, p. 138/ 233). Duarte trabalha com uma teoria interna revistada, utilizando muito das contribuições de Müller e da virada lingüística para explicá-la.

p. 241), ou seja, os Direitos Sociais seriam “objeto do dever” estatal para com o cidadão, titular do direito subjetivo (DUARTE, 2012, p. 239).

Já a perspectiva D.2 caracteriza os Direitos Sociais com uma faceta subjetiva ampliada do “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, expressão cunhada por Cláudio Pereira Souza Neto⁸ (DUARTE, 2012, p. 243-4). Para Bonavides, o principal adepto dessa concepção no Brasil, caberia ao Estado concretizar a garantia jurídica e a garantia econômica, expressando grande dependência desses direitos ao sistema econômico.

Em um trecho de sua obra, Duarte explica a concepção defendida por Bonavides:

Em resumo, uma vez instalados pleitos com base nos artigos da Constituição, através dos quais fossem questionadas as disponibilidades e a capacidade do Estado de ministrar prestações de ordem material, necessários à concretização dos Direitos Sociais, não poderia “a autoridade judicante, tanto quanto a executiva ou legislativa”, exonerar-se “da obrigação de fazer valer a observância das regras e princípios de proteção a semelhantes direitos estampados na Lei Suprema” (BONAVIDES, *apud* DUARTE, 2012, p. 245).

A postura defendida pelo citado autor permite que os juízes e tribunais atuem diretamente na concretização dos Direitos Sociais, depositando todas as suas expectativas no ativismo judicial, não percebendo os limites referentes ao discurso jurisdicional de aplicação. Em outras palavras, a referida teoria progride ao entender que há possibilidade da discussão do Direito Social em juízo, mas exagera ao não

⁸ A expressão “constitucionalismo brasileiro da efetividade” é de autoria de Cláudio Pereira de Souza Neto, conforme cita Duarte (2012, p. 244 – nota 67). O autor também afirma que Cruz e Barroso se referiram a Neto quanto à autoria dessa expressão.

perceber que existem limites argumentativos para tanto. Dentro da posição defendida pelo grupo D, existem outras concepções, as quais possuem inspiração na vertente defendida por Bonavides (DUARTE, 2012, p. 247). A primeira delas trabalha com os Direitos Sociais como possuidores de caráter absoluto, plenamente exercíveis pela via judicial, até mesmo individualmente, diante das omissões dos poderes legislativo e executivo (DUARTE, 2012, p. 249) e a segunda concepção, que trabalha com os Direitos Sociais como obrigações “prima facie”, ou seja, concretizáveis após a devida ponderação da reserva do possível e do mínimo existencial⁹ (DUARTE, 2012, p. 256 e ss.).

Para finalizar este tópico, cabe citar Lima quando se refere ao caráter subjetivo dos Direitos Sociais:

Assim, não se pode mais conceber qualquer direito subjetivo como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos. Essa concepção de direito subjetivo que advém da modernidade funciona quando se trata de duas partes, uma ideia construída sob o modelo implícito da relação entre dois indivíduos, uma relação bipolar entre aquele que tem o direito e outro que tem o dever. Quando levamos em consideração as relações complexas entre membros de uma coletividade podendo usufruir de um benefício difuso comum no qual todos participam em indistintas e incertas parcelas, como entendemos ser o caso dos direitos sociais, essa ideia de direito subjetivo não funciona e deve ser superada (LIMA, 2010, p. 246).

Deve-se, pois, considerar que os Direitos Sociais possuem concomitantemente uma face objetiva e uma subjetiva, nos moldes propugnados pela concepção crítico-

⁹ Sobre as ressalvas feitas pelo Grupo D, verificar: DUARTE, 2012, p. 256-281.

deliberativa.

2.1 A SAÚDE COMO UM DIREITO PÚBLICO FUNDAMENTAL

O Direito à Saúde está previsto nos artigos 6º e 196 e ss. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Ele é um Direito Social. Além da previsão inicial, a norma constitucional prevê a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em cuidar da saúde e da assistência pública.

Quanto a sua fundamentalidade, não mais se faz a distinção entre Direitos Fundamentais que demandam prestação positiva e outros que demandam uma prestação negativa, esta entendida como o dever de abstenção do Estado, inicialmente relacionada aos Direitos Individuais de primeira geração e aquela como o dever prestacional estatal, a princípio relacionada aos Direitos Sociais, de segunda geração.

Assim, cabe destacar que os tanto os direitos de primeira, como os de segunda geração demandam prestações positivas e negativas do Estado. Sarlet e Figueiredo destacam:

Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama

uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 16).

Cabe salientar também que apenas a leitura da aplicabilidade desse direito fundamentada em discursos de aplicação e de fundamentação, já explicados, consegue conferir-lhes um caráter democrático, visto que os discursos de aplicação pautados em sistemas normativos legítimos, tais como as leis ordinárias que normatizam o Direito Fundamental à saúde e as Resoluções da ANS (por exemplo, a Lei nº 8.080/90 que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”; a Lei 8.142/90, que “dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências”; a Lei 6.360/76 que “dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências”; A Lei 9.961/00 que “cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências”, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 que Cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; a Lei 9.656/98 que “dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”; a Resolução Normativa (RN) 211/2010 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que “atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima

nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de atenção à saúde e dá outras providências”; a RN nº 162/2010, que conceitua doenças pré-existentes, entre outros conceitos fundamentais na área da saúde, entre outras normas) não podem ser desconsiderados em sede de discursos de aplicação. Até mesmo na superação dos padrões normativos, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, é necessária a consideração desses discursos. É importante salientar que:

“O pedido de afastamento da “regra” decorrente de uma portaria, por exemplo, demanda uma análise da validade da pretensão, não por confundir Direitos com interesses, mas por vislumbrar a realidade de que, nem sempre, existe Direito.” (DUARTE, 2012, p. 109)

Cabe às partes proporcionar a discussão das normas atinentes ao caso concreto.

Assim disserta Duarte:

Em nossa ótica, no entanto, consideradas as exigências advindas da racionalidade pós-metafísica decorrente da reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática, é coerente sustentar o seguinte: a resposta correta em relação ao conteúdo do Direito à saúde perpassa, fundamentalmente, pelos pontos de partida captados do mundo da vida, filtrados e traduzidos para o Direito por meio de discursos de fundamentação, bem como pela análise pragmática desses influxos, à luz de discursos de aplicação.

Se levarmos em conta esses pressupostos, não é nenhum absurdo defender que, no Brasil, o âmbito normativo do Direito Fundamental à Saúde possa justificar, dependendo das especificidades que circundam o caso concreto, o Direito Subjetivo

individual e coletivo a políticas públicas que visem reduzir o risco de doenças e outros agravos – a exemplo dos tratamentos medicamentosos, transplantes de órgãos e transfusões sanguíneas, ações de vigilância sanitária a bares, restaurantes e cantinas escolares, e, ainda, a hospitais, indústrias e outros ambientes laborais –, bem como ações e omissões, sobretudo preventivas de endemias e epidemias, imputáveis a particulares na medida em que isso se mostrar necessário para a preservação e salvaguarda das condições mínimas de saúde das pessoas. Esses possíveis âmbitos normativos podem ser aferidos de uma análise filológica dos inúmeros “programas normativos” afetos ao tema, espalhados pela Constituição da República de 1988, mas também por diversas leis regulamentadoras, e mesmo pelas políticas públicas incorporadas pelo Sistema Único de Saúde, voltadas à concretização do Direito Fundamental que estamos a estudar (DUARTE, 2012, p. 335-6).

A institucionalização desses “programas normativos” confere a eles “pretensão de validade”, que é a pretensão de correção, de legitimidade da norma. Na análise do âmbito normativo ou caso concreto, um programa normativo ou a sua interpretação podem até ser afastados, mas em sede de aplicação jurisdicional, não devem ser desconsiderados.

2.2 A LEGISLAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE ADENSAM CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE AO DIABÉTICO

2.2.1 A LEGISLAÇÃO FEDERAL E DO ESTADO DE MINAS GERAIS SOBRE A ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA AO DIABÉTICO

No âmbito federal, a Lei nº 11.347/2006 contempla a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes. A condição para que esse fornecimento seja efetuado é a inscrição em programas de educação para diabéticos (art. 1º §3º da Lei). A seleção dos medicamentos e materiais a serem contemplados pela lei será, de acordo com o art. 1º, §2º, revista anualmente pelo poder público.

O Decreto 5.090 de 20 de maio de 2004 instituiu o “Programa Aqui tem Farmácia Popular do Brasil”, o qual tem como objetivo promover a assistência terapêutica integral e favorecer a aquisição de medicamentos indispensáveis ao tratamento de doenças com maior prevalência na população, com redução de seu custo para os seus portadores (art. 2º da Portaria 491 do Ministério da Saúde publicada em 09 de março de 2006).

Os medicamentos para diabéticos contemplados nessa política pública são os seguintes:

- Glibenclamida 5 mg, comprimido;
- Cloridrato de metformina 500 mg, comprimido;
- Cloridrato de metformina 850 mg, comprimido;
- Insulina Humana NPH 100 UI/ml – suspensão injetável, frasco-ampola 10 ml;
- Insulina Humana NPH 100 UI/ml – suspensão injetável, frasco-ampola 5 ml;
- Insulina Humana NPH 100 UI/ml – suspensão injetável, refil 3ml (carpule);
- Insulina Humana NPH 100 UI/ml – suspensão injetável, refil 1,5ml (carpule);
- Insulina Humana Regular 100 UI/ml, solução

injetável, frasco-ampola 10 ml;

- Insulina Humana Regular 100 UI/ml, solução injetável, frasco-ampola 5 ml;

- Insulina Humana Regular 100UI/ml, solução injetável, refil 3ml (carpules);

- Insulina Humana Regular 100UI/ml, solução injetável, refil 1,5ml (carpules) BRASIL (2012).

O art. 1º, §1º, do decreto 5.090, dispõe que a disponibilização dos medicamentos será efetivada em farmácias populares, através de convênios com os entes da federação e hospitais filantrópicos, bem como em rede privada de farmácias e drogarias, mediante habilitação.

O manual “SUS de A a Z” informa que as exigências do programa são:

[...] presença de farmacêutico responsável pelo estabelecimento e venda mediante a apresentação de receituário, além do cumprimento de todas as exigências sanitárias vigentes no País e de toda a legislação que envolve estabelecimentos farmacêuticos (BRASIL, 2009, p. 279).

Em Minas Gerais, a Lei estadual nº 14.533 de 27 de dezembro de 2002 institui a política estadual de prevenção do diabetes e de assistência integral à saúde da pessoa portadora da doença, incluindo os problemas de saúde relacionados a ela (Art. 1º).

As suas diretrizes estão expressas no art. 2º da Lei:

Art. 2º - São diretrizes da política a que se refere o artigo 1º:

I - a universalidade, a integralidade, a equidade, a descentralização e a participação da sociedade na definição e no controle das ações e dos serviços de saúde, nos termos da Constituição Federal, da Constituição Estadual, do Código de Saúde do Estado de Minas Gerais e das leis

reguladoras;

II - a ênfase nas ações coletivas e preventivas, na promoção da saúde e da qualidade de vida, na multidisciplinaridade e no trabalho intersetorial em equipe;

III - o desenvolvimento de instrumentos de informação, análise, avaliação e controle por parte dos serviços de saúde, abertos à participação da sociedade;

IV - o apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico voltado para o enfrentamento e o controle do diabetes, dos problemas com ele relacionados e de seus determinantes, assim como à formação permanente dos trabalhadores da rede de serviços de saúde;

V - o direito às medicações, aos instrumentos e aos materiais de auto-aplicação e autocontrole, visando a garantir a maior autonomia possível por parte do usuário (MINAS GERAIS, 2002).

Em Belo Horizonte, a Lei municipal nº 8.434 de 18 de novembro de 2002 “Define diretrizes para política de prevenção integral à saúde da pessoa portadora de diabetes e hipertensa, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS -, e dá outras providências.” Lei municipal nº 8.652 de 26 de setembro de 2003, que obrigava a instituição de ensino da rede municipal a fornecer merenda diferenciada para os estudantes diabéticos, foi declarada inconstitucional por vício de iniciativa e criação de despesas sem a respectiva previsão orçamentária na Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual nº 1.0000.03.403342-3/000, proposta pelo Prefeito de Belo Horizonte.

2.2.2 A INCORPORAÇÃO DE MEDICAMENTOS E DE TECNOLOGIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O processo de inclusão de políticas públicas no Sistema Único de Saúde (SUS) é feito através de um procedimento administrativo próprio e que foi descrito por Duarte em consulta aos relatórios da Audiência Pública da Saúde realizada no Supremo Tribunal Federal em 2010.

Primeiramente, faz-se necessário entender o conceito de “tecnologias”. Como bem dispõe o autor ao se referir ao conceito dado por Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques, Diretor do Programa da Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, na ocasião da audiência pública, tecnologia é “tudo aquilo que é necessário para diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças (BRASIL, 2010).

Desta forma, no conceito de tecnologias existem dois grupos. No primeiro estão os “medicamentos, drogas insumos farmacêuticos e correlatos” (DUARTE, 2012, p. 351). Já no segundo, “a transfusão sanguínea, raios-X, ressonância magnética, transplante de órgãos, hemodiálise etc., e outros tipos de tratamentos, como os fisioterápicos, os psicanalíticos e os fonoaudiológicos” (DUARTE, 2012, p. 351). Em ambos os grupos há procedimentos de incorporação distintos.

Com relação ao primeiro grupo, o primeiro passo a ser tomado para a incorporação é o registro junto a ANVISA (art. 12 da Lei 6.360/76), que está sujeito a preço público (art. 12 §5º da Lei), será concedido no prazo máximo de 90 (noventa) dias (art. 12, §3º) e terá a validade, a partir da sua publicação no Diário Oficial da União (art. 12, §4º) de 5 (cinco) anos, que podem ser revalidados sucessivamente, mantido o número do registro inicial (art. 12, §1º), salvo os produtos dietéticos, que seguem o prazo de registro e de revalidação de 2 (dois) anos (art. 12, §2º).

Estabelece a lei que a fórmula, com ingredientes utilizados na composição do produto e as respectivas dosagens constarão obrigatoriamente do registro (art. 12 §9º).

A solicitação do registro do medicamento é a etapa inicial do processo administrativo, que finda com a comercialização do produto no mercado. Ela compõe o momento “pré-comercialização” e a “pós-concessão do registro”. A primeira é dividida em duas sub-etapas, a saber, a da regulação sanitária e da fixação do preço do medicamento (DUARTE, 2012, p. 352). Segundo explica Duarte:

[...] No momento da regulação sanitária, todos os medicamentos passam por uma série de avaliações. Para a concessão do registro, conforme explicou o diretor-presidente da ANVISA, examina-se um dossiê encaminhado pelo laboratório, a fim de verificar: a caracterização físico-química do princípio ativo e das propriedades farmacêuticas (1), a Certificação de Boas Práticas de Fabrico (CBPF) (2), as rotas de síntese (3), os testes de avaliações farmacotécnicas (4), os estudos de estabilidade (5), os testes de controle de qualidade (6) e, finalmente, se o laboratório consegue reproduzir, em larga escala, aquilo que submeteu à apreciação da Agência de Vigilância (6). Como esclareceu Maierovitch, nesse momento a ANVISA analisa aqueles estudos que são trazidos pelas diferentes empresas interessadas no registro; segundo ele, “estudos, em geral, realizados no contexto internacional, muitas vezes estudos realizados em vários países, mas que não tratam especificamente da realidade brasileira” (BRASIL, 2010).

No caso de medicamentos novos, analisam-se, ainda, os estudos pré-clínicos aos quais estes foram submetidos na fase de pesquisa. Esses estudos também devem constar no dossiê enviado à ANVISA. São estudos realizados em animais, mas

a tendência mais atual é que eles passem a ser desenvolvidos em células de laboratório (DUARTE, 2012, p. 352).

A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) é quem faz a equiparação do preço do produto para a sua disponibilização no mercado (DUARTE, 2012, p. 354). Uma vez fixado o preço, o medicamento é disponibilizado ao mercado, mas ainda não é oferecido gratuitamente pelo Estado, porquanto não foi incorporado como tecnologia disponível pelo SUS.

Já os demais procedimentos para tratamento, como os transplantes, as transfusões entre outros, não necessitam de registro para serem adotadas no mercado. Mas é necessário que a comunidade científica nacional e internacional reconheça a segurança, eficácia e qualidade da tecnologia. No Brasil, essa análise é de competência do CFM (Conselho Federal de Medicina) (DUARTE, 2012, p. 342). Esse é o primeiro requisito, no caso das demais tecnologias, para a sua futura incorporação como política pública oferecida pelo SUS.

O “Procedimento de Incorporação de Tecnologias” compõe-se de cinco etapas. Elas se realizam no interior do Ministério da Saúde, que trabalha de forma integrada no tocante a avaliação das tecnologias candidatas à incorporação. Nesse sentido, ainda que o Ministério da Saúde possua uma Comissão específica para analisar a viabilidade da incorporação de tecnologias, a saber, a CITEC, esta não desconsiderará os trabalhos dos gestores de processos assistenciais, nem a vigilância sanitária processada pela ANVISA (no caso dos medicamentos). Nesse sentido, a CITEC possui o papel de dialogar com os gestores de processos assistenciais e também com a ANVISA, sobre a melhor forma de incorporação da tecnologia como política pública no Sistema Único de Saúde (SUS) (DUARTE, 2012, p. 354-355).

No primeiro momento, analisam-se novamente os estudos pré-clínicos, além de outros estudos produzidos pela comunidade científica acerca do tema. A partir disso, processa-se uma análise das condições de uso da referida tecnologia. Em termos gerais, essa segunda fase leva em conta a realidade e as peculiaridades da população brasileira, bem como as condições para implementação da referida tecnologia pelo SUS.

Num terceiro momento, processam-se uma análise econômico-comparativa das diferentes tecnologias existentes, candidatas à incorporação. Concluída essa análise comparativa, que se deve principalmente à impossibilidade de tudo incorporar, em vista da escassez de recursos e condições estruturais ou mesmo sócio-econômicas para tanto, passa-se a uma fase de discussão interna no Ministério da Saúde, na tentativa de chegar a um consenso sobre a recomendação (ou não) da incorporação. Só então existe a apresentação da recomendação ao Ministro da Saúde, que após deliberar com os gestores públicos da saúde, decidirá pela incorporação (ou não) da tecnologia (DUARTE, 2012, p. 355-356).

Ao aprovar a incorporação, o Ministério da Saúde e o Sistema Único da Saúde devem definir a forma como esta se operará, isto é, em que condições será devida a utilização do medicamento ou tecnologia, especificando os casos, tipos de paciente e situações nas quais devem ser utilizados (DUARTE, 2012, p. 356).

2.2.3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE QUE ABRANGEM O TRATAMENTO DA DIABETES NO BRASIL, EM MINAS GERAIS E EM BELO HORIZONTE

Em nível federal, em 2001 foi lançado o Plano de Reorganização da Atenção à Hipertensão Arterial e ao Diabetes Mellitus que tem como objetivo geral a maior eficácia dos tratamentos de saúde providos ao cidadão, através de uma

maior organização e reestruturação do atendimento resolutivo. O Plano teve como consequência a instituição da Farmácia Popular, o que será abordado a baixo (BRASIL, 2001c). Assim diz o Plano quanto ao seu objetivo:

Estabelecer as diretrizes e metas para a Reorganização da Atenção à Hipertensão Arterial e ao Diabetes Mellitus no Sistema Único de Saúde, através da atualização dos profissionais da rede básica, da garantia do diagnóstico e da vinculação do paciente às unidades de saúde para tratamento e acompanhamento, promovendo assim, a reestruturação e a ampliação do atendimento resolutivo e de qualidade para os portadores dessas patologias na rede pública de serviços de saúde (BRASIL, 2001c).

Esse programa busca maior acompanhamento dos pacientes identificados com a HA e DM¹⁰, visto que “a Hipertensão Arterial e o Diabetes Mellitus constituem os principais fatores de risco para as doenças do aparelho circulatório” (BRASIL, 2001c).

Assim, o desafio proposto foi:

[...] garantia de acompanhamento sistemático dos indivíduos identificados como portadores desses agravos, assim como o desenvolvimento de ações referentes à Promoção de Saúde e a prevenção das Doenças crônicas não transmissíveis, em especial para DM e a HA (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001).

A previsão legal do Plano está na Portaria 235/GM de 22/02/2001 e na Portaria 393/GM de 29/03/2001.

A justificativa da implantação do programa estava no grande problema de saúde pública que apresenta as doenças do

¹⁰ DM é a abreviatura de Diabetes Mellitus e HA é a abreviatura de Hipertensão Arterial

aparelho circulatório, que em 2000 correspondiam a mais de 27% do total de óbitos no país, o que quantifica 255.585 pessoas (BRASIL, 2001c).

Os objetivos específicos do Plano eram:

- Realizar a detecção de suspeitos, por intermédio da oferta do teste de glicemia capilar a todos os usuários do SUS;
- Apoiar as Secretarias Municipais de Saúde no cadastramento e na vinculação para tratamento dos portadores de diabetes na rede básica de saúde;
- Produzir e distribuir a toda a rede básica protocolos clínicos para hipertensão arterial e diabetes mellitus, e atualizar os profissionais da rede básica e do Programa de Saúde da Família (PSF) para o atendimento clínico e o acompanhamento dos portadores;
- Contribuir para a melhoria do acesso às referências especializadas;
- Melhorar a oferta de medicamentos básicos para o tratamento do diabetes;
- Ampliar o conhecimento sobre a frequência e a distribuição da diabetes no Brasil (BRASIL, 2001d).

A população alvo era de brasileiros com mais de 40 (quarenta) anos de idade. A fase nacional da campanha foi realizada de 06 de março a 07 de abril de 2001.

Os indivíduos suspeitos apresentavam glicemia de jejum com valores iguais ou superiores a 100mg/dl e glicemia pós-pandrial com valores maiores que 140 mg/dl (BRASIL, 2001d).

O art. 1º, III, da Portaria 235/GM/2001 estabelece a seguinte diretriz do Plano: “aperfeiçoamento do sistema de programação, aquisição e distribuição de insumos estratégicos

para a garantia da resolubilidade da atenção aos portadores de hipertensão arterial e de diabetes mellitus”, além da vinculação dos portadores de diabetes mellitus a Unidades Básicas de Saúde (art. 1º, I). O artigo 5º, I, da Portaria 235/GM/2001 garante o provimento dos insumos necessários para a realização da glicemia capilar como responsabilidade do Ministério da Saúde na Campanha Nacional de Detecção de Suspeitos de Diabetes Mellitus.

No ano 2001, ano da implantação da fase 2 do projeto e que envolvia a detecção de sujeitos com a Diabetes Mellitus, houve a previsão para a concessão de 19,5 mil glicosímetros e de 37,7 milhões de tiras reagentes e lancetas para Estados e Municípios (BRASIL, 2001d).

Na etapa de detecção, a assistência farmacêutica foi prestada de forma que o Ministério da Saúde alocou R\$ 5.899.243,08 para a compra do hipoglicemiante oral Glibenclamida e para a aquisição da Metformina. Nos estados e municípios, a previsão de gastos foi estimada em R\$ 7.317.164,31, além dos R\$ 370 milhões investidos desde 1999 para a aquisição de medicamentos básicos (BRASIL, 2001d).

O relatório ainda afirma que a Farmácia Popular teve início com a instituição do Plano, à qual foram previstos 34 medicamentos básicos, inclusive com hipoglicemiantes, sendo distribuídos, à época, 21.500 kits destinados às equipes do Programa de Saúde da Família (BRASIL, 2001d).

Os resultados da campanha ultrapassaram o esperado, pois a quantidade de diabéticos identificados em 4.446 municípios (2,9 milhões) foi superior a esperada: 2,52 milhões de diabéticos na população-alvo da campanha. No relatório técnico final consta que foi possível realizar a detecção de novos casos e a estruturação do atendimento dos diabéticos na rede básica de saúde (BRASIL, 2001d). Assim informa o relatório:

De um total de 5.507 municípios, 4.446 – ou

81% do total – enviaram os dados sobre a cobertura dos testes de glicemia capilar. A população-alvo dos municípios informantes é de 28,16 milhões. Nesses municípios, foram testadas 20,7 milhões de pessoas, ou seja, 71,15% do total, identificando-se 2,9 milhões de suspeitos de diabetes mellitus, 14,66% do total da população testada. Aplicando-se a prevalência encontrada em alguns estudos regionais – de 8% –, seriam esperados 2,52 milhões de diabéticos na população-alvo da Campanha. Os suspeitos terão seus testes confirmados pelas SMS (BRASIL, 2001d).

Em Minas Gerais, foi criada a Rede Hiperdia, que compõe a Área de Resultados “Vida Saudável”, no Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (2007/2023) (JÚNIOR, 2011, p. 7). Essa rede foi criada pela Comissão Intergestores Bipartite do SUS/MG que geraram as seguintes normas:

Resoluções SES nº 2606 de 07/12/2010, que “Institui o Programa Hiperdia Minas e dá outras providências”; a Resolução SES nº 2805 de 18/05/2011, que “Dispõe sobre os critérios para expansão dos Centros de Referência Integrados Viva Vida e Hiperdia Minas, no que se referem às ações do Hiperdia Minas, e dos Centros Hiperdia Minas” e a Resolução SES nº 2970 de 19/10/2011, que introduziu um novo cálculo para contratualização do financiamento de custeio dos centros de atenção secundária para os hipertensos e diabéticos, de acordo com o modelo de atenção e o desempenho dos centros, aferidos pelo processo padronizado de supervisão e avaliação. Destaca-se que essa última resolução proporciona a expansão desses centros somente mediante o cumprimento de metas que expressam a qualidade desses serviços

(JUNIOR, 2011, p. 8).

A Rede Hiperdia se divide em dois níveis. O primeiro é o de Atenção Primária à Saúde (APS), que conta com o seu Plano Diretor e o segundo é o de Atenção Secundária à Saúde (ASS).

O primeiro nível busca maior abrangência dos cuidados clínicos, através de tratamentos mais específicos aos casos de HA e DM e de Doenças Cardiovasculares, como também os casos de Doença Renal Crônica (DRC). A abordagem das diretrizes clínicas e organização da assistência leva em conta a população atingida, o estágio de desenvolvimento das condições crônicas e o tipo de intervenção a ser conferida (JÚNIOR, 2011, p. 8-9). Ela abrange ações de prevenção, tratamento e reabilitação, visando conferir maior atenção básica à saúde (BRASIL, 2006b).

Por atenção básica, a portaria GM/MS 648 do Ministério da Saúde define:

A Atenção Básica caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde. É desenvolvida por meio do exercício de práticas gerenciais e sanitárias democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios bem delimitados, pelas quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Utiliza tecnologias de elevada complexidade e baixa densidade, que devem resolver os problemas de saúde de maior frequência e relevância em seu território. É o contato preferencial dos usuários com os sistemas de saúde. Orienta-se pelos

princípios da universalidade, da acessibilidade e da coordenação do cuidado, do vínculo e continuidade, da integralidade, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social (BRASIL, 2006b).

A Lei Estadual nº 14.533/2002 e as deliberações CIB-SUS nº 196/2005 e 256/2006 dizem que os medicamentos da atenção básica à saúde são de competência dos Municípios.

Assim diz Ailton Cezário Alves Júnior no estudo denominado “Consolidando a rede de atenção às condições crônicas: Experiência da Rede Hiperdia de Minas Gerais”:

Em nível de Atenção Primária à Saúde (APS), a Rede Hiperdia Minas ancora-se na prática de novas diretrizes clínicas. Elaborou-se uma linha-guia baseada na abordagem populacional dessas condições crônicas, as quais foram estratificadas e, a partir disso, determinou-se toda a organização da assistência, ou seja, as competências da APS, as atribuições dos seus profissionais e a atenção programada desses usuários.

Nesse processo, para cada uma das condições crônicas de saúde, HAS, DM e doença renal crônica (DRC), foram definidos os critérios para a sua estratificação e os seus parâmetros de prevalência. As competências da Atenção Primária à Saúde foram detalhadas para cada classificação/estágio de cada uma das condições citadas. Também foram definidos os parâmetros de programação e de assistência para os usuários com HAS e DM, por risco, para cada procedimento ou intervenção preconizada em nível de atenção primária e secundária da Rede Hiperdia Minas (JÚNIOR, 2011, p. 8).

O Plano Diretor da Atenção Primária à Saúde (PDAPS) é

estruturado por 10 (dez) oficinas padronizadas, as quais colaboram para a “organização da gestão” e da “assistência Estratégica da Saúde da Família (ESF)” em Minas Gerais, fortalecendo a APS (JÚNIOR, 2011, p. 9).

A rede de Atenção Primária da Saúde também conta com um programa de capacitação continuada presencial, o Programa de Educação Permanente da SES/MG, por meio do qual são treinados mais de 3.000 médicos e com o Canal Minas Saúde, uma rede de educação à distância (JÚNIOR, 2011, p. 9).

É possível verificar que a estrutura da Rede de Atenção Primária à Saúde é gerencial, educacional e programática.

A “Atenção Secundária da Saúde” tem sido exercida pela implantação de centros de referência para hipertensos e diabéticos, o que lhes confere o caráter especializado, já previsto no art. 3º, II c/c §2º da Resolução 2.606/2010¹¹ da Secretaria do Estado da Saúde de Minas Gerais. Também incluem a utilização de recursos tecnológicos de diagnóstico e terapêutico relacionados à condição dos usuários.

Júnior (2011), afirma que o Sistema Único de Saúde em Minas Gerais encontrava-se direcionado, principalmente para o tratamento das condições agudas de saúde, não dando tanta atenção às condições crônicas de saúde. A equipe gestora da Rede Hiperdia Minas é composta por vários profissionais de diferentes áreas, tais como sanitaristas, médicos especialistas, técnicos da Secretaria de Saúde de Minas Gerais (SES/MG)

¹¹ Art. 3º da Resolução 2.606/2010 - Na estruturação da Rede de Atenção à Saúde do Portador de Hipertensão Arterial Sistêmica, Doenças Cardiovasculares, Diabetes Mellitus e Doença Renal Crônica do Estado de Minas Gerais os seguintes serviços de atenção à saúde deverão estar disponíveis:

II – serviços de atenção secundária à saúde;

§ 2º - Os serviços dispostos no inciso II deste artigo referem-se àqueles cuja prática clínica demande disponibilidade de profissionais especializados e do uso de recursos tecnológicos de apoio diagnóstico e terapêutico relacionados à atenção aos usuários portadores dessas condições citadas, entre eles os Centros de Referência Integrados Viva Vida e Hiperdia Minas e, no que se referem às ações do Hiperdia Minas.

(JÚNIOR, 2011, p. 7).

A diferença e o destaque alcançados pela Rede Hiperdia Minas encontram-se embasados na atenção especial aos diabéticos que contam com Unidades Especializadas em Endocrinologia, em Oftalmologia, Odontologia, Nefrologia, com a Assistência Farmacêutica, Apoio Diagnóstico, Sistemas Informativos, Prontuário Eletrônico, Cartão SUS, Transporte Sanitário, entre outras especialidades (JÚNIOR, 2011, p. 8).

Esse tratamento direto consiste em uma economia ímpar para o Estado, que deixa de gastar com atividades curativas para investir na prevenção e no tratamento de doenças crônicas. Para se ter uma ideia, segundo o estudo desenvolvido por Ailton Cezário Alves Júnior, na Rede Hiperdia Minas, em Lagoa da Prata/MG, economizou-se a rubrica de R\$ 199.243,20, de abril de 2010 a junho de 2011, com internações e amputações não realizadas, tendo em vista a prevenção desenvolvida com o sistema (JÚNIOR, 2011, p. 15).

Ressalta-se que essa verba deveria ser realocada, no próximo orçamento, em outras atividades relacionadas ao Direito à Saúde.

Em Belo Horizonte, a Prefeitura criou o Protocolo da Secretaria Municipal de Saúde para Fornecimento de Análogos de Insulina Rápida, as quais têm início de ação entre 5 a 15 minutos no organismo humano, pico em 30 a 90 minutos e duração entre 2 a 4 horas, diferentemente da insulina NPH que tem início de ação de 2 horas, pico em 6 a 10 horas e ação de 18 a 28 horas. As insulinas de ação rápida fornecidas possuem nomes comerciais de lispro, aspart e a glulisina (PREFEITURA DE BELO HORIZONTE, 2012).

Os requisitos para inclusão são:

1. Crianças de 6 a 19 anos de idade para esquema basal/bolus e/ou contagem de carboidratos;
2. Para maiores de 19 anos:
 - Pacientes diabéticos do tipo 1, fazendo

contagem de carboidratos e sendo acompanhados por endocrinologista, em uma das seguintes situações:

- Hipoglicemia pós prandial tardia e noturna com uso de insulina regular;
- Hiperglicemia pós prandial que não responde a outros tratamentos;
- Em associação com insulina análogo de ação prolongada para controle da hiperglicemia pós prandial apesar do uso da insulina regular;
- Pacientes em uso de bomba de infusão contínua de insulina (BELO HORIZONTE, 2012).

A Secretaria do Estado da Saúde de Minas Gerais, no programa de fornecimento Medicamentos Estratégicos, fornece as insulinas NPH e Regular, as quais são financiadas pelo Governo Federal e repassadas aos municípios (MINAS GERAIS, 2012).

Segundo a CIB-SUS/MG nº 867, art. 8º, a SES/MG também deve fornecer os seguintes insumos:

- tiras reagentes por dia para determinação da glicose sanguínea para os usuários diabéticos tipo 1 e gestacional;
- 1 tira reagente por dia para determinação da glicose sanguínea para os usuários diabéticos tipo 2;
- Os aparelhos glicosímetros compatíveis com as tiras na quantidade de 1 aparelho por usuário cadastrado no Questionário de Triagem do SIGAF (MINAS GERAIS, 2012).

Os municípios devem adquirir e distribuir no mínimo: 1 lanceta e 1 seringa por dia para os usuários diabéticos tipo 1,

tipo 2 insulino dependentes e diabetes gestacional. Os aparelhos lancetadores compatíveis com as lancetas também são doados pelo município na quantidade de 1 aparelho por usuário (MINAS GERAIS, 2012).

Verifica-se, portanto, que as políticas públicas no Brasil, em Minas Gerais e em Belo Horizonte encontram-se manifestadamente previstas. A sua efetivação depende da iniciativa do poder público, através da concretização das políticas públicas de saúde.

3. O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 A RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO NO DIREITO À SAÚDE

A expressão “reserva do possível” foi propagada pela Corte Constitucional alemã em decisão proferida em 1972 no caso denominado *Numerus Clausus* que tratou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas (SARMENTO, 2010, p. 569). Segundo a Corte, no provimento do direito à educação, o qual é abrangido pela reserva do possível, deve-se analisar o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade de acordo com a avaliação feita pelo legislador na consideração harmônica da economia (SARMENTO, 2010, p. 569).

A reserva do possível é dividida em dois componentes, o componente fático e o componente jurídico. O componente fático se refere à devida disponibilidade orçamentária necessária à satisfação da prestação social e o componente jurídico diz respeito à formalidade burocrática legislativa, consistente na autorização orçamentária para o Estado efetuar as suas despesas (SARMENTO, 2010, p. 569).

No entanto, Duarte ressalva que essa divisão não deve ser feita, afirmando que “qualquer tipo de limitações fáticas são

juridicamente relevantes, sobretudo para a definição do âmbito normativo dos Direitos Fundamentais” (DUARTE, 2012, p. 322, nota 293).

Também cabe salientar que a reserva do possível não é composta apenas pelo componente financeiro, mas também físico, de pessoal, espaço, entre outros.

No Brasil, o conceito foi mencionado na decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso Mello na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 45, na qual houve perda do objeto. Nela se questionava o descumprimento da Emenda Constitucional n° 29/2000 por veto presidencial, o qual se referia a Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2004, que assegurava recursos mínimos na área da saúde (SARMENTO, 2010, p. 570).

No acórdão, o Ministro salientou que a reserva do possível deve considerar

- (1) a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de
- outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (BRASÍLIA, 2004).

Ademais, ele completou que a reserva do possível não pode ser invocada pelo poder público para se esquivar do cumprimento das suas obrigações constitucionalmente estabelecidas. Disse o Ministro:

A cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade

(BRASÍLIA, 2004).

Os Direitos Sociais estão incluídos na reserva do possível, pois, nas palavras de Lopes (2010, p. 156), “poderiam ser comprados no mercado”, demandando por parte do Estado, que os presta gratuitamente, de forma universal e na forma de bens coletivos ao cidadão, custos diversos e um aumento considerável no seu orçamento. Assim ele disserta:

Com o passar do tempo, portanto, foram considerados sociais os direitos de acesso aos serviços prestados de forma universal na forma de bens coletivos, tais como educação e saúde e cujos beneficiários eram em primeiro lugar os trabalhadores mesmos. Tais prestações pretendiam constituir-se em meios de integração social das classes inferiores, não apenas os trabalhadores empregados. Dessa forma, passaram a ser chamadas direitos sociais as pretensões a serviços dessa natureza, serviços que a rigor poderiam ser comprados no mercado (de saúde ou educação) (LOPES, 2010, p. 156).

Ao citar Holmes e Sunstein – doutrinadores americanos, percussores da doutrina do custo dos direitos – Duarte ensina que “[...] Todos os Direitos possuem *custos*, o que significa que ele não podem ser protegidos ou cumpridos sem fundos e suporte financeiro-orçamentário [...]” (DUARTE, 2012, p. 198). Esse ensinamento atinge tanto os Direitos Individuais quanto os Sociais, pois todos, sem exceção, necessitam de amparo financeiro governamental. Isso foi comprovado por uma pesquisa feita pelos referidos doutrinadores, os quais demonstraram empiricamente os gastos feitos pelo governo americano para assegurar os direitos como: “a propriedade privada, a liberdade de expressão, o voto, a vedação da tortura, o acesso à jurisdição e apelação judicial” (DUARTE, 2012, p. 198).

Holmes e Sunstein, citados por Duarte, se referiram aos custos orçamentários como condições de exercício dos Direitos Fundamentais, pelos cidadãos (DUARTE, 2012, p. 199).

Duarte afirma que a escassez de recursos influencia externamente o sistema jurídico, repercutindo nas deliberações políticas, com a ameaça de colonizá-las (DUARTE, 2012, p. 322).

Como já foi afirmado, os Direitos Sociais, na concepção crítico-deliberativa assumem o caráter de “condições equitativas de oportunidades”, isto é, condições materiais para que todos possam participar dos discursos de formação da vontade política na sociedade.” Cruz complementa que eles constituem o “mínimo existencial”, a “garantia mínima para que qualquer indivíduo seja um locutor/ouvinte competente para a participação de qualquer discurso, seja ético, moral ou jurídico” (CRUZ, 2007, p. 365).

Assim, segundo a concepção de Duarte, os Direitos Sociais possuem uma dimensão mínima de conteúdo universal e recíproco, seja no plano horizontal, seja no vertical. No entanto, as previsões constitucionais, infraconstitucionais e presentes nos discursos jurisdicionais de aplicação não constituem um mínimo, tal como as medidas preventivas e o tratamento de doenças raras (DUARTE, 2012, p. 315).

No entanto, os Direitos Sociais podem ter o seu conteúdo ampliado, chegando a ser aplicados para além do mínimo, diante das peculiaridades do caso concreto e de políticas públicas, que também ampliam o conteúdo do direito na medida em que adensam o programa normativo do mesmo. Um exemplo é a criação do SUS (DUARTE, 2012, p. 316).

Os sujeitos titulares dos Direitos Sociais passam a colaborar discursivamente na implementação do seu direito subjetivo, através do controle reflexivo da legitimidade das interpretações dos Direitos Fundamentais, seja no âmbito constitucional, legislativo ou das políticas públicas (DUARTE,

2012, p. 316-7).

Isso demanda uma maior participação dos cidadãos no controle e na execução das políticas públicas pelo Poder Executivo, a formação das leis que abrangem os direitos sociais pelo poder Legislativo e a interpretação da Constituição pelo Judiciário. Pereira, citado por Duarte em notas de rodapé afirma que:

O Estado deve perder a posição de quase-monopólio dos mecanismos de controle e os cidadãos devem poder contar com um sistema mais eficaz e representativo que, para além deles, franqueie ainda a participação dos demais sujeitos constitucionais. A consequência dessa interação só pode ser uma: os sistemas devem se abrir a uma *ampla esfera pública e participante de agentes controladores que incorpore atores políticos tradicionais (partidos políticos, por exemplo), agentes de autoridade, órgãos de soberania, cidadãos e associações civis*. Uma ampla esfera pública e participativa de *agentes controladores* que transforme a questão do correto desempenho do poder e da gestão de temas de relevância pública em objeto de fiscalização e ajuste por parte de todos. Uma esfera pública que compreenda a questão da adequação do exercício das diversas manifestações de poder como tema não colonizável pela rígida separação entre Estado e sociedade, não apenas no que se refere à formação de decisões legitimadas, mas igualmente no que tange à adequação constitucional de tais manifestações de poder (g.n.) (PEREIRA *apud* DUARTE, 2012, p. 317).

A tensão entre faticidade e validade existe no momento da concretização dos direitos sociais que são atingidos pela

escassez de recursos públicos. Isso torna mais dramática a consubstanciação de um direito universal pela verba orçamentária do ente da federação. Duarte explica:

Em todos os momentos, entretanto, a concretização dos Direitos Humanos Fundamentais, entre os quais estão os sociais, permeia o dramático manejo de recursos escassos. Isso agrega complexidade à sua pretensão de universalidade, desvelando a tensão entre faticidade e validade que afeta o sistema jurídico a partir de fora (externa) e de dentro (interna) [...] (DUARTE, 2012, p. 317).

Lima, no artigo intitulado “Direito à saúde e critérios de aplicação” analisa a concepção do Direito à Saúde como um poder.

Inicialmente, ele contesta a tese de que o referido direito seria um “poder absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado” (LIMA, 2010, p. 242), visto que são direitos da coletividade, residentes em relações jurídicas complexas. Dessa maneira, os direitos subjetivos, tais como o Direito à Saúde, sofreram modificações em seu conteúdo, que passou a ser relativo, objetivo, determinado no caso concreto da ocasião de seu exercício, sendo até denominado de “direito-função”, “poder condicionado a sua respectiva função” e “poder desdobrado em dever” (LIMA, 2010, p. 245).

Essa discussão se encontra inserida na idéia de que, apesar de estar previsto normativamente e possuir aplicabilidade imediata, o Direito à Saúde, segundo o art. 196 da CRFB, possui relação de justiça social e deve possuir acesso universal e igualitário aos serviços e ações de saúde. Isso significa que a sua aplicação deve ser racional e criteriosa, concedida a todos os cidadãos de forma isonômica (LIMA, 2010, p. 247).

Cruz (2007, p. 368-370) se referiu à teoria sistêmica, a

qual inseriu o direito nos grandes sistemas sociais, para afirmar que o Direito seria, nas palavras de Duarte (2012, p. 205) quem também cita o referido autor: “um sistema empírico de ação que se relacionaria com outros sistemas no interior do *mundo da vida*”. Os conflitos entre esses sistemas e o Direito seriam resolvidos por processos, normas e doutrinas jurídicas (DUARTE, 2012, p. 205).

É necessário ressaltar que Habermas rejeitava parcialmente a teoria sistêmica, especialmente no que se refere à “exclusão de pessoas do interior dos sistemas sociais (a) e da existência apenas de linguagens específicas no interior dos mesmos (b)” (DUARTE, 2012, p. 205). Ciente dessa rejeição parcial, Cruz concordou com o Habermas no sentido que: “os sistemas não seriam autopoieticamente fechados, eis que abertos permanentemente para a linguagem comum proveniente do mundo da vida”.

Duarte, ao dissertar sobre a teoria de Cruz afirmou que o as decisões jurídicas deveriam ser tomadas dentro do possível, sob o cuidado de lidar com riscos da arbitrariedade e da ilegitimidade. Assim, verificando as influências do sistema econômico, o Direito legitimaria as ações sociais referentes à escassez de recursos e seguiria uma direção “antieconômica”, contrária aos parâmetros da eficiência, lucro e produtividade (DUARTE, 2012, p. 206).

Continuando, Duarte afirma que a teoria da escassez poderia ser incorporada aos discursos de fundamentação e de aplicação, sem, no entanto, deixar influenciar apenas por argumentos pragmáticos, morais e ético-políticos. A pretensão de universalidade desses argumentos deveria estar presente no discurso para não serem considerados ilegítimos e inconstitucionais (DUARTE, 2012, p. 206). Ele ainda afirma que:

[...] Se esses discursos filtrassem os aludidos influxos, transformando algo carente de recursos

em uma obrigação, deveriam, pois, fazer referência, ainda que implícita, às fontes de arrecadação e ao montante em dinheiro necessário para a sua salvaguarda [...] (DUARTE, 2012, p. 206).

Dessa forma, os critérios da reserva do possível e do mínimo existencial, que abrangem o campo financeiro da administração pública devem ser utilizados, mas sem que haja a “colonização do sistema jurídico pelo sistema econômico” (DUARTE, 2012, p. 197) e de forma que permita ao cidadão participar da formação dos discursos de aplicação, pelos meios democráticos e de controle da administração pública concedidos a eles.

Para finalizar, cabe citar a seguinte passagem:

[...] Se continuarmos a trazer para o Direito argumentos próprios a outros sistemas sociais, sem a sua devida filtragem por meio de discursos de fundamentação, fatalmente veremos juízes a desconsiderar irrefletidamente dotações orçamentárias, além de advogados, promotores e defensores públicos a patrocinar ações judiciais fundadas na suposta defesa de uma “justiça social” que, no fim das contas, trará como resultado a injustiça social – eis aqui um paradoxo [...] (DUARTE, 2012, p. 207).

Assim, os discursos jurisdicionais não devem ser pautados em argumentos próprios de outros sistemas sociais, que não recebam a devida filtragem através dos discursos de fundamentação.

4. A ARGUMENTAÇÃO JURISDICIONAL NA APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO PROVIMENTO DE TRATAMENTOS PARA DIABÉTICOS

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Diante da ineficácia dos argumentos que tratam os Direitos Sociais como meras normas programáticas, como já analisamos no capítulo 1 deste trabalho, verifica-se que na atualidade, o Poder Judiciário vem trabalhando com esses direitos com o caráter de verdadeiros Direitos Fundamentais. Nas palavras de Sarmiento (2010, p. 555):

Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Através da fundamentalidade desses direitos, percebe-se que a necessidade de se verificar a legitimidade dos discursos jurisdicionais na aplicação no provimento de tratamentos para diabéticos se mostra essencial para a preservação do Estado Democrático e da legitimação das decisões nessa seara.

Os argumentos propostos na fundamentação das decisões são, por muitas vezes, morais, não filtrados pelo princípio da democracia e infundados nas políticas públicas no âmbito da saúde, já existentes.

Duarte bem exemplifica o exposto, com a transcrição dos argumentos jurisdicionais com cunho moral (a), pragmático (b), e ainda, metódico dedutivo (c):

Essa questão é particularmente problemática em decisões afetas ao Direito Fundamental à saúde. Nelas, como fundamentação interna do provimento jurisdicional do pedido, é bastante usual encontrar argumentos do tipo: “se o Estado não prestar o tratamento a pessoa vai morrer” (a), “o

medicamento é eficaz ao tratamento da patologia e, por isso, o Estado não pode se furtar a prestá-lo ao pleiteante (b), “como a saúde é Direito de todos e dever do Estado, nos termos do art. 196 da CR/88, este não pode deixar de custear o tratamento em fase experimental, pleiteado por pessoa carente” (c) (DUARTE, 2012, p. 396).

Henriques também pondera que:

Sobremais, na grande maioria das vezes, a razoabilidade dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, elaborados para racionalizar a dispensação de medicamentos excepcionais, sequer é objeto de análise, preferindo os julgadores ignorar as especificidades do caso concreto e situar sua argumentação no plano geral e abstrato da aplicação dos princípios constitucionais (HENRIQUES, 2010, p. 838).

É certo que os magistrados não devem fugir à realidade fático-social da população e desconsiderar a análise do caso concreto. No entanto, o provimento de medicamentos deve ser pautado por discursos jurisdicionais que privilegiem o discurso constitucional fundado na simetria entre as partes, na ampla defesa e no contraditório e ainda o duplo grau de jurisdição (DUARTE, 2012, p. 398). Devem salientar ainda, como já citado, a adequação da norma, seja legal ou administrativa, ao caso concreto.

É necessário também que, na aplicação dos Direitos, se proceda a filtragem dos argumentos, pois o direito não pode ser colonizado por argumentos não jurídicos, de outros sistemas sociais, tais como o econômico. Duarte, assim diz:

Se continuarmos a trazer para o Direito argumentos próprios a outros sistemas sociais, sem a sua devida filtragem por meio de discursos de fundamentação, fatalmente veremos juízes a

desconsiderar irrefletidamente dotações orçamentárias, além de advogados, promotores e defensores públicos a patrocinar ações judiciais fundadas na suposta defesa de uma “justiça social” que, no fim das contas, trará como resultado a injustiça social – eis aqui um paradoxo (DUARTE, 2012, p. 207).

Salienta-se que um dos parâmetros que o juiz deve considerar ao decidir tange a escassez de recursos, pois a concessão de um direito, em um país que não possui renda bastante para prover todos os Direitos Sociais, seja por causa dos desvios de verbas ou por um problema orçamentário, pressupõe a abstenção de outro recurso, tal como disserta Sarmiento (2010, p. 556):

Ora, a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora.

Mas é necessário afirmar Duarte entende que a simples alegação da reserva do possível para afastar a aplicação do Direito não é suficiente, pois ele adota um consequencialismo fraco¹² de forma a entender que toda a análise concreta deve apontar para a realidade de que não há o Direito, mas se ele existe, não pode ser deixado de lado.

Outro problema que os magistrados se deparam se relaciona ao acesso à justiça por populações mais pobres. Por vezes, as pessoas com mais recursos financeiros possuem

¹² Essa observação foi feita por Duarte durante nossas reuniões para a confecção deste trabalho.

maior acesso ao judiciário quando necessitam de um medicamento do que as pessoas com poucos recursos. Sarmiento completa:

[...] Adicione-se a este panorama a constatação de que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direito sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população bem mais aquinhoados (SARMENTO, 2010, p. 556).

Com o intuito de verificar a legitimidade do discurso judicial, analisamos alguns acórdãos que tratam do provimento de tratamentos para diabéticos, os quais abrangem decisões do STF, do STJ e do TJMG. Assim será possível verificar a legitimidade e a ilegitimidade de alguns argumentos jurisdicionais, de forma a depurar qual a importância da aplicação da teoria crítico deliberativa na análise do Direito Fundamental à Saúde no provimento de tratamentos para diabéticos, visto que a concessão do medicamento para esse grupo algumas vezes deixa de ser efetivada, seja por falta de políticas públicas direcionadas especificamente a uma situação concreta ou por falta de informação dos jurisdicionados.

4.2 ARGUMENTOS JURISDICIONAIS LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

4.2.1 DA IMPROPRIEDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS

No Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 34.545-MG, interposto pelo Ministério Público Federal junto ao Superior Tribunal de Justiça, o relator, Ministro Benedito Gonçalves, negou provimento ao recurso, pois entendeu que o mandado de segurança (art. 5º, LXIX da CRFB e Lei 12.016/2009) não é a via correta para a concessão da bomba de insulina MMT 722 – MedTronic/MINIMED, além de insumos relativos ao funcionamento do equipamento e medicamentos para o tratamento da diabetes mellittus tipo 1.

No caso, a bomba não era fornecida pelo SUS, o que justificava o pleito, pois segundo o médico particular, o aparelho seria imperioso à continuidade do tratamento, sendo a única providência capaz de controlar os níveis de glicemia da impetrante em patamares aceitáveis, como já vinha fazendo desde 1994. O médico também constou em seu relatório que o regresso a um tratamento ultrapassado obsoleto não se presta à impetrante, que possui uma doença extremamente agressiva, que poderia ser fatal.

No acórdão, o Ministro fundamentou a sua decisão na audiência pública da saúde no julgamento da SL nº 47/PE, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que o tratamento a ser concedido em via judicial deve ser um daqueles fornecidos pelo SUS, em detrimento do escolhido pelo paciente, quando as políticas públicas de saúde existentes ainda se mostrarem eficazes e próprias para o tratamento. Apesar de não citado no acórdão é necessário mencionar que para o caso em debate poderia haver outras técnicas mais

eficientes para o referido tratamento, acobertadas por protocolos clínicos internacionais que estejam em processo de incorporação. Todos esses pontos deveriam ser trazidos para a discussão.

Ele também asseverou que a prova acostada aos autos, um relatório médico da rede particular de saúde, deveria ser submetido ao contraditório, o que em sede de mandado de segurança não seria possível, visto que este exige a existência de direito líquido e certo para o provimento judicial.

O magistrado ainda afirmou sobre a força probante do documento particular, que faz prova somente em relação ao signatário e não em relação a terceiros, como consta na redação do art. 368 do CPC¹³.

De fato, a concessão de medicamentos, insumos e aparelhos para o controle da diabetes deve ser devidamente fundamentada na necessidade do impetrante. A utilização do Mandado de Segurança, nos casos em que não há a devida comprovação da necessidade e adequação da concessão mandamental se perfaz dispendiosa e controvertida, pois para a concessão desse remédio se faz necessário a comprovação do “direito líquido e certo”. Hely Lopes Meireles, citado na decisão em comento afirmou que:

[...] direito líquido e certo é o que se apresenta *manifesto na sua existência*, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração [...] o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao

¹³ Art. 368 do CPC. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.

impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (MEIRELES, *apud* BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg em ROMS nº 34.545-MG, Relator: Min. Benedito Gonçalves, 2011) (g.n.).

Duarte (2012, p. 408) preleciona o mesmo quando da análise do processo judicial 0371512-6/PR em sede de Recurso de Apelação e Reexame Necessário em Mandado de Segurança, no Estado do Paraná, decisão proferida pelo Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, na qual o mandamus foi concedido. Ele ensina que: “De fato, por demandar uma análise probatória mais profunda, casos como o do impetrante/recorrido não poderiam ser adequadamente resolvidos em sede de mandado de segurança.”

4.2.2 OUTRAS TESES

Na Ação Cautelar nº 2020 (BRASIL, 2008), proposta junto ao STF para atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, o Ministro Joaquim Barbosa fundado na preexistência de programa governamental, ainda não implementado naquele Estado para a concessão de fitas para exame de glicemia a um menor, portador de Diabetes Melittus tipo I e ainda no art. 196 da CRFB, aplicou o corretamente a correlação feita entre “discursos de aplicação” e “discursos de fundamentação”.

A preexistência do programa em lei infraconstitucional, ainda não implementado, que tutela o cuidado com a diabetes infantil configura um “discurso de fundamentação” que demanda uma aplicação da norma ao caso concreto por parte

do poder judiciário, visto que tal medida não foi tomada pelo poder competente. Tal aplicação deveria ser feita, sem ofender a separação de poderes, visto que o poder público não cumpriu com a obrigação de aplicar a política pública existente. Há o direito aplicável ao caso concreto, configurado pela política pública específica ao caso, tal como previsto no acórdão, mas ele não foi implementado.

O Min. Joaquim Barbosa afirmou que:

[...] a existência do referido programa estadual denota que o governo do Estado do Paraná reconhece a necessidade de distribuição das fitas de medição nos casos de Diabetes Mellitus como forma de proporcionar tratamento digno aos portadores da doença (BRASIL, 2008).

Duarte bem explica:

Responsáveis pela construção da norma adequada para a solução do caso, no sentido combinado das teorias de Müller e Habermas, os aplicadores do Direito precisariam zelar pela *adequação da interpretação* e pela legitimidade *in concreto* da norma. Na aplicação imparcial, cabe a eles exercer um juízo de adequação, afastando do caso os sentidos normativos inadmissíveis para a sua solução. No controle de legitimidade *in concreto* das normas, a reconstrução dos argumentos previamente desafiados nos discursos de fundamentação subordina-se à exigência de manutenção hermenêutica da coesão do sistema jurídico. Nesse sentido, tanto *pela via de ação*, quanto *pela via de exceção*, a desconsideração do sentido do texto infraconstitucional em nome da aplicação direta do texto constitucional implica a declaração de inconstitucionalidade dos sentidos ilegítimos. Contudo, no primeiro caso esses textos

são expurgados do ordenamento, ao passo que, no segundo, apenas deixam de ser aplicados, tendo em vista a não configuração do âmbito normativo, sem o qual a norma jurídica jamais se completa (DUARTE, 2012, p. 213).

A via de ação do controle de constitucionalidade, no caso da omissão apresentada no caso analisado, é concretizada pela Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º da CRFB e Lei 9868/1999), a qual regulamenta a norma constitucional que ainda não foi efetivada por norma infraconstitucional e a via de exceção, que importa omissão legislativa no caso concreto é representada pelo Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI da CRFB).

No caso em destaque, bem caberia a propositura de uma das citadas ações, pela via de ação ou exceção, visto que a política pública estava prevista em lei, mas ainda não havia sido implementada e ainda, caberia também o mandado de segurança, tendo em vista a previsão legal.

No agravo de instrumento em ação ordinária nº 1.0024.07.443729-4/001 foi provida liminar para o fornecimento da “Injeção Intra-vítreo de Avastin”, droga à época importada dos Estados Unidos, ao réu acometido de diabetes que apresentava quadro de baixa visual no olho direito devido a edema causado pela doença. No pedido constava o fornecimento gratuito, por tempo indeterminado.

Ocorre que, na época da propositura da ação, a injeção não era aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a ANVISA, o que ocorreu apenas em 2011 (ANVISA, 2012).

Apesar de ter afirmado que

[...] a concessão de tutela antecipada para fornecimento de medicamento deve ser analisada com cautela, caso a caso, dependendo da existência de prova inequívoca que conduza ao

convencimento da verossimilhança das alegações trazidas (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Ag nº 1.0024.07.443729-4/001, Relator: Des. José Francisco Bueno, 2009).

Na concessão da tutela antecipada, o julgador se baseou apenas na prova produzida pelo agravado, a qual demonstra a sua eficácia em detrimento de outros tratamentos fornecidos pelo Estado. Foi o que ele disse:

Todavia, no caso em análise, tenho que existem provas que evidenciam a eficácia do medicamento pretendido pelo agravado em detrimento dos demais remédios e tratamentos fornecidos gratuitamente pelo Estado.

Inegavelmente, *as provas até então produzidas pelo agravado* demonstram que o medicamento denominado “Injeção Intra-vítreo de Avastin”, apresenta-se imprescindível ao seu tratamento (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Ag nº 1.0024.07.443729-4/001, Relator: Des. José Francisco Bueno, 2009) (g.n.).

Os argumentos expostos pelo julgador possuem caráter eminentemente pragmático e realmente demonstram a necessidade e utilidade do medicamento, no entanto, se esses argumentos não for incorporados a outras questões, como análise da fase de incorporação de tecnologias pela ANVISA e à questão da existência ou não de tratamentos de igual efeito, já incorporados pelo Sistema Único de Saúde, a decisão não estará fundamentada.

A doutrina caracteriza a prova inequívoca, requisito para a antecipação de tutela, prevista no art. 273 do CPC, como: “[...] aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou cuja autenticidade ou veracidade seja provável.” (ALVIM, 2008, p. 152).

A questão aqui suscitada revela que a tutela antecipada demanda o contraditório e não pode ser fundada apenas nos receituário e no relatório médico (fls. 27 e 28 do processo em comento) expedidos pelo médico do agravado, que não consubstanciam prova inequívoca.

O Agravo em Mandado de Segurança, processo nº 1.0699.07.076628-1/001 (1) foi proposto perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pelo Município de Ubá, contra liminar deferida pelo juiz de primeiro grau, a qual determinava o fornecimento do aparelho Advantage e fitas medidoras de glicemia capilar para a impetrante, visto que a mesma é portadora de Diabetes Melittus – Tipo I.

O recurso foi recebido com efeito suspensivo.

A decisão, em sede de Agravo de Instrumento, foi amparada nos artigos 6º, 23, II e 196 da CRFB, que dispõe sobre o Direito à Saúde e a repartição de competências no provimento deste, além do art. 1º, III da Carta Magna, que dispõe sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e ainda em outros artigos legais, tais como o art. 198 e 199 da CRFB e na Lei 8.080/90.

No entanto o julgador não fundamentou a pretensão do autor nas previsões da Lei Estadual nº 14.533/2002, que prevê no art. 2º, V – “o direito às medicações, aos instrumentos e aos materiais de auto-aplicação e autocontrole, visando a garantir a maior autonomia possível por parte do usuário”, visto que a CIB SUS 867/2011, que prevê no seu art. 8º o fornecimento de glicosímetros, lancetas e lancetadores ainda não havia sido editada. Isso não significa que o caráter normativo da Constituição esteja sendo desconsiderado nesta análise, no entanto, a fundamentação judicial restou enfraquecida por não se amparar nas demais normas que regulamentam a situação exposta.

Existe déficit de legitimidade no julgamento, pois o magistrado fundamentou o julgado aplicando o silogismo legal:

texto normativo (premissa maior); fato (alegações do autor acerca da doença) e decisão (conclusão). A reserva do possível não pode ser alegada se o direito existir. Mesmo existindo a falta de recursos, o não provimento de um Direito Fundamental configura um atentado claro ao Estado Democrático de Direito. O mesmo não pode ser feito quando não existe o respectivo direito.

Lembre-se também que a previsão legal para a concessão de aparelhos aferidores de glicemia já era explícita, o que também demandaria a correção da omissão do poder público por via de ação ou por via de exceção.

Também é necessário considerar que outra questão enfrentada pelos magistrados ao proferir um julgamento, além das citadas acima, são os de ordem técnica, pois, em geral, eles não possuem o conhecimento especializado o bastante para deferir um pedido na área médica. O recurso a peritos e a equipes técnicas imparciais e independentes poderia suprir esse problema (SARMENTO, 2010, p. 582).

Outra questão se refere a questões de “justiça distributiva” (SARMENTO, 2010, p. 582), pois a concessão de um direito a determinada pessoa gera déficits no bolo maior, déficit esse que tende a aumentar, visto que o deferimento de várias ações judiciais prejudica o orçamento previsto para outras políticas públicas que atenderiam a maioria da população (SARMENTO, 2010, p. 582).

Como diz SARMENTO:

[...] Por isso, entendo que a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes. Por este critério, se, por exemplo, um portado de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento

tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. *A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta* (SARMENTO, 2010, p. 572) (g.n.).

A solução encontrada por ele é a de promover a universalização dos provimentos judiciais, de forma que se o indivíduo X necessita do mesmo tratamento que o indivíduo Y, que esse tratamento seja concedido a ambos, em igualdade, a concretizar a reserva do possível fática, já abordada no capítulo segundo (SARMENTO, 2010, p. 572).

5. CONCLUSÃO

Da análise feita neste trabalho, é possível verificar que apesar de todas as políticas públicas apresentadas, existem casos que a administração pública nega a prestação medicamentosa ou de um tratamento para o jurisdicionado. O cidadão, diante da negativa, vê o judiciário como o caminho mais acessível para obter o seu direito fundamental constitucionalmente positivado, o que torna legítima a sua pretensão.

No entanto, nos demais casos, é necessário ponderar que o Poder Judiciário não pode suprir todas as demandas sociais a ele apresentadas, pois os Direitos Sociais só podem ser garantidos em uma ação conjunta dos três poderes, cabendo ao

Poder Executivo formular políticas públicas, criar procedimentos e gastar recursos para tanto; ao Legislativo, legalizar as previsões que visem suprir as demandas sociais e por fim, ao Judiciário cabe romper com a ilegalidade de práticas contrárias ao já previsto nas normas editadas pelos outros poderes, já que não existe uma esfera do poder estatal absolutamente imune ao controle judicial (SARMENTO, 2010, p. 580). Nas palavras do mesmo autor:

Ademais, a garantia dos direitos sociais não se esgota numa tarefa meramente jurídica: no geral, ela envolve um emaranhado de ações estatais, que compreende a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos, dentre outras atividades, que não se amoldam perfeitamente à função tradicional do judiciário. Daí, inclusive, a recusa de parte significativa da doutrina de conceber os direitos sociais como típicos direitos subjetivos.

Por tais razões, me parece uma simplificação exagerada a afirmação de que, ao adjudicar demandas relacionadas aos direitos sociais, o Poder Judiciário não interfere na democracia, pois se limita a praticar normas jurídicas vigentes.

Em síntese, entendo que a democracia não impede a intervenção judicial voltada à afirmação dos direitos sociais, mas antes a exige, sobretudo em contextos de grave exclusão social como o brasileiro. Porém, o princípio democrático demanda que se reconheça um vasto espaço de liberdade de conformação do legislador nesta seara, revelando-se incompatível com compreensões que depositem no Poder Judiciário todos os poderes, responsabilidades e expectativas correlacionadas à construção de uma ordem social

mais justa (SARMENTO, 2010, p. 565) (g.n.).

Dessa forma, o provimento jurisdicional deve ser concedido de acordo com as capacidades institucionais do julgador, não podendo o juiz incorporar aquele “juiz Hércules”, descrito por Ronald Dworkin em *Taking Rights Seriously* (SARMENTO, 2010, p. 581), o qual, teoricamente, poderia suprir todas as expectativas dos jurisdicionados.

A decisão judicial também deve ser pautada nos parâmetros discursivos, fundados em discursos de fundamentação, que representam a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

Por fim, é necessário repetir que a decisão democrática, seja em antecipação de tutela, seja definitiva, somente será plena se contar com a participação das partes, em contraditório e ampla defesa. Assim, o juiz, como terceiro participante da lide poderá julgar o caso concreto com maiores informações, ampliando o caráter democrático da decisão, com um discurso de aplicação plenamente fundamentado.



6. BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). Resolução Normativa nº 162 de 17 de outubro de 2010. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar;

revoga as Resoluções CONSU n° 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU n° 17 de 23 de março de 1999, artigos 2° e 4° da Resolução CONSU n° 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN n° 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN n° 124, de 30 de março de 2006. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=1223>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). Resolução Normativa n° 211 de 11 de janeiro de 2010. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1° de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de atenção à saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=1575>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/home>>. Acesso em: 04 de maio de 2012.

BELO HORIZONTE. Lei n° 8.434 de 18 de novembro de 2002. Define diretrizes para política de prevenção integral à saúde da pessoa portadora de diabetes e hipertensa, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - , e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>> Acesso em: 22 de maio de 2012.

BELO HORIZONTE. Lei n° 8.652 de 26 de setembro de 2003. Obriga a instituição de ensino da rede municipal a fornecer merenda diferenciada para estudante diabético. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>

Acesso em: 22 de maio de 2012.

BELO HORIZONTE, 2012. *Protocolo da Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte para fornecimento de análogos de insulina de ação ultrarápida*. Disponível em: <portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/files.do?...protocolo_analogs....> Acesso em: 29 de abril de 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2012.

BRASIL. Lei 6.360 de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: de março a maio de 2012.

BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

BRASIL. Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre

a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

BRASIL. Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

BRASIL. Lei 9868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

BRASIL. Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 235 de 20 de fevereiro de 2001. Estabelece Diretrizes sobre Hipertensão Arterial e Diabetes Mellitus, 2001a. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-648.htm>>. Acesso em: 02 de maio de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 393 de 29 de março de 2001. Dispõe sobre a Agenda Nacional de Saúde, 2001b. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/CIB/LEGIS/Port393_29Marco_2001.pdf>. Acesso em: 02 de maio de

2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Plano de reorganização da atenção à hipertensão arterial e ao diabetes mellitus, 2001c. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/publicacoes/geral/plano_reorganizacao_atencao.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Plano de reorganização da atenção à hipertensão arterial e ao diabetes mellitus. Campanha nacional de detecção de suspeitos de diabetes mellitus, relatório técnico, 2001d. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reorganizacao_campanha.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 345. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, 2004. Publicado em 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

BRASIL. Decreto 5.090 de 20 de maio de 2004. Regulamenta a Lei no 10.858, de 13 de abril de 2004, e institui o programa "Farmácia Popular do Brasil", e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/decreto5090.pdf>>. Acesso em: 22 de maio de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 491 de 09 de março de 2006, 2006a. Dispõe sobre a expansão do Programa "Farmácia Popular do Brasil". Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria-491-2006.pdf>>. Acesso em: 22 de maio de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 648/GM de 28 de março de 2006, 2006b. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica para o Programa Saúde da Família (PSF) e o Programa Agentes

- Comunitários de Saúde (PACS). Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-648.htm>>. Acesso em: 28 de abril de 2012.
- BRASIL. Lei nº 11.347 de 27 de setembro de 2006, 2006c. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11347.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 2020. Autor: Ministério Público do Estado do Paraná. Réu: Estado do Paraná. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicado em: 29 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2020&classe=AC-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 de maio de 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. O SUS de A a Z: garantindo saúde nos Municípios, 3ª Ed., 2009. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sus_3edicao_completo.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal; HENRIQUES, Cláudio Maierovitch Pessanha. Audiência Pública, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Maierovitch.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 34.545. Primeira turma. Recorrente: Roberta de Aguiar Nunes Coelho. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Publicado em: 01 de dez. de 2011. Disponível em: <

- <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=18936936&forma=PDF> >. Acesso em: 02 de maio de 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Lista de medicamentos do programa “Aqui tem farmácia popular”. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lista_medicamentos_pfpb_co_pagamento.pdf> Acesso em: 27 de abril de 2012.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87-136.
- DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Direito à saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- FRANCISCO. José Carlos. *Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 859-873.
- HENRIQUES, Fátima Vieira. *Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010,

p. 827-858.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 5-24.

JÚNIOR, Ailton Cezário Alves. *Consolidando a Rede de Atenção às Condições Crônicas: Experiência da Rede Hiperdia de Minas Gerais. Inovação na Gestão do SUS: Experiências Locais: Organização Pan-Americana Da Saúde / Organização Mundial Da Saúde*. BRASÍLIA, 2011. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/politicas_de_saude/saude-em_casa/Inovacao_na_gestao_SUS_Redde_Hiperdia.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2012.

KELLER, Alfred Josef. Aufklärung. In Michaelis. *Dicionário escolar de alemão*. Ed. Melhoramentos/UOL, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/escolar/alemao/index.php?lingua=alemao-portugues&palavra=Aufkl%E4rung>>. Acesso em: 02 de maio de 2012.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à saúde e critérios de aplicação*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de...[et at]. 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 237-253.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da reserva do possível*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de...[et at]. 2ª Ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 155-173.

MINAS GERAIS. Lei nº 14.533 de 27 de dezembro de 2002. Institui política estadual de prevenção do diabetes e de

assistência integral à saúde da pessoa portadora da doença. Disponível em:

<<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14533&comp=&ano=2002>>. Acesso em: 28 de abril de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual nº 1.0000.03.403342-3/000. Corte Superior. Requerente(s): Prefeito Municipal de Belo Horizonte - Requerido(s): Presidente da Câmara Municipal de Belo Horizonte - Relator: Exmo. Sr. Des. Schalcher Ventura. Publicado em: 19 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=3&txt_processo=403342&complemento=0&sequencial=1&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 22 de maio de 2012.

MINAS GERAIS. Deliberação CIB-SUS/MG nº 196 de 30 de setembro de 2005. *Altera a Relação Estadual de Medicamentos Básicos, o valor do incentivo e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/atos_normativos/deliberacoes/2005/del_196_cib_2005.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo em Mandado de Segurança nº 1.0699.07.076628-1/001 (1). 2ª Câmara Cível. Agravante: Município de Ubá. Agravado: Teresinha Labio Botelho Da Silva. Autoridade coatora: Secretário Municipal de Saúde e Promoção Social de Ubá. Relator: Des. Nilson Reis. Publicado em 26 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0699&ano=07&txt_processo=07>

6628&dv=1&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=22%2F05%2F2012&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=98117&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 02 de maio de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.443729-4/001. 4ª Câmara Cível. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: João Felix da Silva. Relator: Des. José Francisco Bueno. Publicado em 08 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=443729&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 04 de maio de 2012.

MINAS GERAIS. Resolução nº 2.606 de 07 de setembro de 2010. Institui o Programa Hiperdia Minas e da outras providências. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/atos_normativos/resolucoes/2010/resolucao_%202606.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2012.

MINAS GERAIS. Deliberação CIB-SUS/MG nº 867 de 20 de julho de 2011. *Pactua no âmbito do Estado de Minas Gerais o Componente Básico da Assistência Farmacêutica a ser realizado no SUS/MG e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/atos_normativos/deliberacoes/2011-1/Deliberacao%20867%20Financiamento%20de%20componente%20basico%20SAF.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2012.

MINAS GERAIS. Secretaria Estadual de Saúde, 2012. *Insumos para Diabetes.* Disponível em:

<http://www.saude.mg.gov.br/politicas_de_saude/rede-hiperdia-minas/Insumos%20para%20Diabetes.pdf>.

Acesso em: 03 de maio de 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A Contribuição e os Limites da Teoria de Klaus Günther: a Distinção Entre Discursos de Justificação e Discursos de Aplicação Como Fundamento para uma Reconstrução da Função Jurisdicional*. Direito Público, América do Norte. Vol. 1, No 27 2009, p. 94/107. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/686/628>>. Acesso em: 06 de junho de 2012.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, nº 10, jan. de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em 01 de maio de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.