

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA TUTELA JURISDICIONAL NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS.

Karina Denari Gomes de MATTOS¹
Gelson Amaro de SOUZA²

RESUMO: O presente trabalho possui como escopo primordial estipular diretrizes para a melhor compreensão do “Ativismo Judicial”, fenômeno jurídico que se destaca neste século XXI, conceituando-o e definindo sua natureza, origem histórica e extensão no Brasil. *A posteriori*, verifica-se a inserção de tal tendência nas ações judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos pelo Estado, tanto a nível federal, estadual e municipal, questionando e inserindo em debate quais os limites da tutela jurisdicional nas causas desta natureza.

Palavras-chave: Direito à saúde. Medicamentos. Judicialização. Ativismo Judicial.

1 INTRODUÇÃO

É inegável, nos últimos anos, a percepção de certo estreitamento nas fronteiras entre política e justiça no mundo contemporâneo. Não raro, encontramos na imprensa diversas críticas e debates sobre esta atuação política dos órgãos jurisdicionais.

O Supremo Tribunal Federal, precursor de tal tendência no Brasil, assim como os demais órgãos de cúpula do Poder Judiciário, vem protagonizando uma função central na tomada de decisões sobre diversas questões relacionadas a políticas públicas, gerando polêmica no meio acadêmico.

Neste foco de estudos sobre o Poder Judiciário, assevera com maestria o Professor Luiz Werneck Vianna (1996, p. 1):

¹ Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail karinadenari@unitoledo.br. Bolsista do Programa de Iniciação Científica do NEPE – Núcleo de Estudos e Pesquisas das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente e estagiária da Procuradoria Seccional da União – Advocacia Geral da União de Presidente Prudente/SP.

² Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP; mestre em Direito pela ITE de Bauru/SP e doutor em Direito das Relações Sociais – com área de concentração em Processo Civil pela PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo aposentado, advogado militante em Presidente Prudente/SP; e-mail: advgelson@yahoo.com.br. Orientador do trabalho.

Neste meio século que nos distancia do último conflito mundial, os três Poderes da conceituação clássica de Montesquieu se têm sucedido, sintomaticamente, na preferência da bibliografia e da opinião pública: à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, e que trouxe centralidade aos estudos sobre a burocracia, as elites políticas e a máquina governamental, seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida: Justiça.

Acrescenta o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003,p. 189):

Seguramente em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos, e particularmente desde 1993. Hoje em dia, é ele flagrantemente hostilizado e não raro vilipendiado.

Esse fato não deriva meramente de motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspectos constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal.

Reflete, na verdade, fenômeno que é mundial, mas com peculiaridades decorrentes da Carta de 1988: a judicialização da política que tende a trazer a politização da justiça.

Destaca-se recente entrevista concedida pelo jurista português José Joaquim Gomes Canotilho ao jornal Valor Econômico (2009) questionando veementemente a atuação de nossa Corte Constitucional, analisando-a "como um caso paradigmático de evolução na discussão sobre os entendimentos entre os poderes". O doutrinador afirma que, em estudos sobre decisões recentes, o STF demonstra seguir metodologia única no mundo, pois não julga partindo das normas, mas procura agir a partir de problemas concretos e tenta encontrar soluções práticas. Esta situação se torna ainda mais visível quando o Judiciário é chamado a enfrentar questões mais complexas, que envolvem uma interpretação jurídica maior que a simples subsunção do fato à norma.

Neste contexto, o professor-doutor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Luís Roberto Barroso, traz em recente análise a diferenciação entre os institutos da “judicialização” das questões políticas e o chamado “ativismo judicial” (2009, p.3):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

[...]

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

E o constitucionalista Lênio Streck (2004, p. 80), ressalta:

Parece inexorável – e isto não deveria causar nenhuma surpresa – que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: *de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.* Daí o questionamento – constante – da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis

votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo. Esse tensionamento assume contornos mais graves quando o sistema se depara com decisões do Poder Judiciário (brasileiro) tidas como “invasoras de sub-sistemas” ou epitetadas como típicas decisões que “judicializam a política”, como é o caso de sentenças emanadas pelos juízes e tribunais brasileiros determinando a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, fornecimento de remédios com fundamento no art. 196 da Constituição, a extensão, com base no princípio da isonomia, de benefícios a categorias de trabalhadores não contempladas em ato normativo, o problema das ocupações de terras improdutivas por movimentos sociais que clamam pelo cumprimento do dispositivo constitucional que estabelece a função social da propriedade, só para citar alguns exemplos.

Verifica-se, portanto, que o dilema que se descortina neste limiar do novo século é encontrar a justa medida, para que o juiz não seja inerte, mas também não substitua a atividade das partes e extrapole suas funções constitucionais.

Podemos, sim, visualizar inúmeros benefícios de tal atuação pró-ativa do Poder Judiciário, como um atendimento mais efetivo às demandas sociais e com substanciais melhorias práticas na distribuição da Justiça. Inclusive, cumpre salientar, a efetividade da prestação jurisdicional constitui uma das preocupações primordiais, senão o principal foco, dos estudos processuais da atualidade. Mas não obstante tais benesses, devemos ver com muita cautela o aumento dos poderes interventivos dos magistrados no processo civil moderno, considerando-se os possíveis riscos para a legitimidade democrática:

No quadro apontado, o Judiciário, se se considerar sua esfera de intervenção, estaria mais forte. Disto, porém, não lhe resultou aumento de prestígio, ao contrário.

Em primeiro lugar, porque sua carga muito cresceu e com ela um retardamento na prestação judicial. Daí descontentamento dos que recorrem a ela, ou dela esperam providências, como a punição exemplar dos “corruptos”.

Em segundo lugar, seu poder de interferência na órbita político-administrativa o tornou corresponsável dos insucessos ou frustrações que para a opinião pública decorrem da má atuação do Poder. Mais, veio ele a ser visto como um colaborador do Governo. Ou, quando decide contra as medidas deste, é por ele apontado como responsável – a serviço da oposição – por decisões contrárias ao interesse popular...

Em ambos os casos assume uma feição de órgão político, no pior sentido do termo. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2003, p. 215)

Neste contexto, insere-se a discussão sobre os limites da tutela jurisdicional relacionada às ações de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos por parte do Estado, seja em sua esfera federal, estadual ou municipal.

Vemos que, muitas vezes, o Poder Judiciário, no afã de tutelar e garantir o direito à saúde, extrapola suas funções constitucionais e desequilibra todo um sistema de prestação destes serviços, concedendo privilégios a alguns poucos jurisdicionados que logram êxito em suas medidas de urgência em detrimento dos demais cidadãos que não se socorrem da intervenção jurisdicional.

E se por um lado proliferam decisões condenando o Estado ao custeio de tratamentos e medicamentos de eficácia não comprovada, ainda não há uniformidade sobre quais das esferas públicas devem ocupar o pólo passivo desta natureza de ação: a União, o Estado ou o Município, dentre outros pontos controvertidos que sobressaem nas causas desta natureza.

Por mais que tais situações induzam ao raciocínio da colisão entre princípios orçamentários ou da Separação dos Poderes e princípios relacionados aos Direitos Humanos, o que se destaca é que os conflitos que se seguem são entre alguns poucos jurisdicionados contra os mesmos direitos e garantias do todo, ou seja, tais medidas judiciais, ao privilegiar determinados cidadãos, descartam um dos valores basilares do Estado Democrático de Direito: a Igualdade.

Com a premissa básica de que tais direitos decorrem da formulação e organização de políticas públicas, estas a cargo do Poder Executivo e sob o manto da legitimidade democrática, temos que no momento que a “Aristocracia Togada”, usando os termos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 216), assume funções políticas, assume a dita governança, extrapolando de forma inconstitucional suas atribuições e competências. Pretendemos demonstrar inclusive que tal ativismo judicial só é benéfico em países com instituições políticas fortes, o que não se verifica no Brasil, desequilibrando o processo político e sendo veículo de ideologias presentes nos julgamentos:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (Montesquieu, Do Espírito das Leis. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, 1º vol. Pág. 181 *apud* Mendes, Gilmar Ferreira e outros, Hermenêutica

Constitucional e Direitos Fundamentais, Brasília Jurídica, 2002, p. 94).

Assim, serão feitas algumas abordagens sobre determinados pontos do pensamento de Alexy e Dworkin, sem qualquer pretensão de aprofundamento teórico, porém para servir de base ao estudo dos limites da tutela jurisdicional relacionada à saúde, que serão delineadas ao final deste trabalho.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI

Segundo a célebre proposta de divisão de poderes desenvolvida por Montesquieu, podemos afirmar que o equilíbrio fundamental entre os três poderes resta seriamente comprometido no limiar deste novo século. Sobre o assunto, acrescenta Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p. 53):

Neste curto período de tempo (o que são dois séculos para a história?), surgiu uma fecunda polêmica, talvez mais fértil hoje pelo crescimento da importância do papel institucional dos tribunais, no campo político-constitucional, cujas raízes deitam, exatamente, sobre o livro de Montesquieu e a mitológica separação de poderes. Como conciliar um Estado democrático (guiado fundamentalmente pelas determinações da maioria) e o Estado de direito (guiado por normas e princípios às vezes colidentes com a vontade da maioria)? Como assegurar que a fórmula Estado democrático de direito seja mais que uma fórmula acadêmica? O que fazer para contornar os episódios absolutamente previsíveis de instabilidade institucional?

Podemos raciocinar nesta linha de pensamento que, com o escopo de não desequilibrar a tênue relação entre os Poderes, não se pode admitir que um Poder interfira, de forma negativa, no exercício das funções do outro. Muito embora, saibamos que a própria Constituição preveja instrumentos de controle de um Poder em relação ao outro, ela não permite que o exercício dos três poderes se dê de forma desequilibrada.

Porém, não é o que muitas vezes sói ocorrer. O uso excessivo das medidas provisórias por parte do Poder Executivo, e o desvio de papel do Tribunal

Constitucional são indícios relevantes de tal tendência (SOUZA JUNIOR, 2004, p. 98):

Seria muito audacioso pretender, neste estudo, resolver o impasse dos limites de atuação dos poderes, quando até Locke, perplexo diante do problema do controle dos conflitos de poder, saiu, mais de uma vez, pela tangente com um patético apelo aos céus. O que importa, neste ponto, é identificar que, desejem ou não os tribunais constitucionais, tem sido crescente o seu envolvimento em questões políticas. Mas os tribunais não mergulham na análise de atos políticos dos demais poderes por simples conveniência, vontade ou capricho: fazem-no por dever funcional.

[...]

Há legitimidade democrática para que o Judiciário altere ou invalide deliberações tomadas pelos corpos políticos cujos representantes, ao contrário dos juízes, são escolhidos pelo voto popular, tendo seu prestígio eleitoral periodicamente testado nas urnas? Quais os fundamentos para negar ou atribuir legitimidade democrática ao Judiciário neste delicado campo das questões políticas?

Historicamente, após a institucionalização do *judicial review* e, posteriormente, do *Welfare State*, que em muito contribuíram para a evolução fenômeno “Ativismo Judicial”³, verificam-se novas diretrizes contemporâneas nos estudos do papel do Poder Judiciário, de formulação pós-positivista. Tais fundamentos, conhecidos também como a “doutrina brasileira da efetividade” sugerem uma valorização científica do direito constitucional e a revisão de determinadas interfaces de fenômenos jurídicos, tais como o conflito entre normas, veja-se:

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos

³ Aqui, cumpre salientar que a visão clássica sobre o Judiciário começa a mudar a partir dos escritos dos Federalistas, receosos de um predomínio do Poder Legislativo sobre os outros. Neste sentido, além da previsão de independência do Judiciário e da inamovibilidade dos juízes, Hamilton defendia o poder de os magistrados julgarem nulos os atos contrários à Constituição, institucionalizando assim, o *judicial review*. Não obstante tais avanços, a emergência do *Welfare State* reestrutura a atuação jurisdicional, de modo que passa lidar com condutas pretéritas, mas também com condutas futuramente almejadas.

valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania (BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de direito constitucional*, v. 3, p. 76)

Dentre tais estudos difundidos no Brasil na década de 80 e ao longo dos anos 90, tem destaque a *teoria dos princípios*, formulada por Ronald Dworkin e depois reestruturada por Robert Alexy, adequando-a a perspectiva romano-germânica do Direito. As obras precursoras deste movimento (*Levando os direitos a sério* e *Teoria dos direitos fundamentais*) destacam-se por sua repercussão no mundo acadêmico, tornando-se fonte de novos estudos do Direito contemporâneo.

Com base nestas novas luzes lançadas sobre o Direito, *à vol d'oiseau*, temos que toda norma é bem uma regra ou um princípio, com o traço distintivo no que diz respeito à estrutura dos direitos que tais normas garantem: enquanto as regras garantem direitos definitivos, os princípios garantem direitos *prima facie*, consubstanciados em valores e finalidades.

Segundo Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86 *apud* BARROSO, Luis Roberto, 2009, p. 9):

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Numa ordem jurídica justa, a Constituição prevê diversos princípios, que por vezes, e naturalmente, se dispõem conflituosamente. E sobre tais conflitos, observa Humberto Ávila (1999, p. 162):

A própria idéia de “conflito” deve ser repensada. Ora, se o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrente da relação dialética que mantém com outros princípios, como conceber a idéia de “colisão”? Tratar-se-ia de

um conflito aparente e não-uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas que eventualmente se contrapõem, o que no caso dos princípios é previamente inconcebível: os princípios são definidos justamente em função de não possuírem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinadas. O problema que surge na aplicação reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantém entre si.

Desta forma, cabe ao legislador ou, no mais das vezes, à autoridade judicial, proceder a esta ponderação de princípios e fatos relevantes. Tais *mandados de otimização* não admitem a utilização da subsunção, prevista para as regras, mas de ponderação dos princípios e fatos relevantes. Quando nossa Lei Maior prevê direitos fundamentais e garantias a estes direitos, as ações judiciais servem para a tutela de tais previsões, sempre se levando em consideração a ponderação dos valores para a solução no caso concreto.

3 O DIREITO À SAÚDE E O HISTÓRICO BRASILEIRO DAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

O Direito à Saúde, neste contexto, é previsto em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, integrado no Capítulo II do Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* -, apontado como direito social oponível ao Estado brasileiro, por todos quantos vivem em nosso território, e mais especificamente no Título VIII – *Da Ordem Social* - Seção II, artigo 196, *ipsis litteris*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De tais dispositivos, depreende-se que o Direito à Saúde corresponde atualmente a direito fundamental, portador de todas as garantias decorrentes deste

status constitucional, consolidando-se assim em razão de uma evolução lenta e gradual iniciada há dois séculos, segundo o doutrinador Luis Roberto Barroso (2009, ps. 12-14):

A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos, o modelo “campanhista” obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro. Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência.

Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.

No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.

Assim, a partir da “Constituição Cidadã” de 1988, o direito à saúde não mais se restringiria aos trabalhadores formais, mas deveria ser garantida a todos os trabalhadores e cidadãos brasileiros, consolidando-se como Princípio constitucional, como bem afirma Gilmar Mendes em seu *Curso de Direito Constitucional* (2009, p. 1421):

Incluído no âmbito da seguridade e ostentando o *status* de direito fundamental, com referência expressa no *caput* dos artigos 6º e 196 da Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado,

garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Configura um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo, como sustenta Sergio Pinto Martins, que, no particular, não faz referência alguma à reserva do financeiramente possível, mesmo sabendo que ela representa incontornável condição de viabilidade dessa e de tantas outras promessas constitucionais de igual natureza.

Postura idêntica assume José Afonso da Silva, ao destacar que o direito à saúde há de ser informado pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doenças, cada um deve receber tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

Com efeito, em matéria de serviços e ações de saúde, dada a natureza, complexidade e magnitude de uma execução em todo o território nacional, suas atribuições e responsabilidades foram atribuídas e repartidas, pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde- SUS, entre as três esferas de governo a saber, federal, estadual e municipal.

Segundo o artigo 4º e 6º, VI da Lei supramencionada, o SUS é concebido como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta” que possui como principais atribuições a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e participação na sua produção”.

Cabe enfatizar, neste aspecto, que a Lei nº 8.080/90 estabeleceu competências diferenciadas aos diversos Entes da Federação, pautado no princípio da *descentralização*, destacado por José Afonso da Silva (2009, p. 831) e que completa a rebuscada organização do sistema de saúde em nosso país:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito

pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro. (grifo nosso)

Em dependendo do serviço de saúde demandado, será o Ente responsável pelo serviço responsabilizado, quer com base constitucional ou por comando da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). Desta forma, a execução dos serviços de saúde (o atendimento direto ao cidadão) está a cargo do Município e de forma suplementar ou em caráter complementar pelo Estado, sob a gerência da União⁴, senão vejamos o disposto na Lei nº 8.080/90:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

[...]

IX – descentralização político-administrativo, com direção única em cada esfera de governo:

- a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
- b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

[...]

XV – promover a descentralização, para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

[...]

III – prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde.

Art. 18. À direção municipal do Sistema único de Saúde (SUS) compete:

[...]

I – planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde.

Diante de tais constatações sobre o sistema de saúde no Brasil, conclui-se que cabe ao Ministério da Saúde, na qualidade de gestor federal, fundamentalmente, o implemento e a avaliação da Política Nacional de

⁴ Somente em casos excepcionais, como ocorre no tratamento da AIDS, a UNIÃO, além do repasse de verbas, adquire, regularmente, os medicamentos recomendados para a terapia anti-retroviral, repassando-os aos respectivos órgãos para que procedam à distribuição aos pacientes, inscritos no SICLOM – Sistema de Informação de Controle Logístico de Medicamentos – AIDS.

Medicamentos, ressaltando-se como responsabilidades: prestar cooperação técnica e financeira às demais instâncias do SUS no desenvolvimento das atividades relativas à Política Nacional de Medicamentos; promover a revisão periódica e a atualização contínua da RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais⁵:

Portanto, o direito à saúde no ordenamento constitucional brasileiro pode ser entendido como um direito social fundamental, público, subjetivo e universal, possuindo uma dimensão positiva, que é o direito à prestações materiais, além de uma dimensão negativa, caracterizada pela proteção contra qualquer agressão de terceiros, seja do Poder Público ou de particulares. (BOTELHO, 2009, p. 290)

Sobre a supramencionada subjetividade do direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal (Ag.Reg no RE nº 393,175-0, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 12.12.2006) e o Superior Tribunal de Justiça (Resp. 869.843/RS; RMS 23.184/RS; Resp. 902.473/RS; 901.109/RS.) já se manifestaram no sentido que tal direito não pode sofrer embaraços por parte das autoridades administrativas, como se verá adiante.

4 A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO

Segundo princípios relativos à Administração Pública, temos que todos os atos emanados do Estado devem se produzir dentro da legalidade absoluta. Assim, o Estado não pode agir na ausência de nenhum controle legalmente sistematizado e organizado sobre a real necessidade dos doentes, ainda mais levando-se em conta o seu dever constitucional de proteção à saúde pública.

Porém, o que se percebe é que as decisões emanadas pelo Poder Judiciário muitas vezes ignoram ou desconhecem o funcionamento do Sistema de Saúde e outros aspectos técnicos de extrema relevância. Neste contexto, diversas ações de medicamentos contra o Estado obriga-o ao fornecimento na quantidade prescrita, num prazo geralmente curto - de um ou poucos dias - e diretamente ao

⁵ Para maiores informações vide sítio na internet da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária: < <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/essencial.htm> > . Acesso em: 10 mar 2010.

autor/usuário ou ainda ao médico prescritor. Tais drogas, que necessitam de controle e cuidados no acondicionamento, são entregues ao alvitre do demandante sem qualquer controle por parte do SUS.

Dentro das questões relacionadas à concessão de medicamentos sem o controle do órgão competente, vemos que muitas vezes a existência de políticas públicas assecuratórias de outros medicamentos que não os pleiteados mostrou-se absolutamente irrelevante para o resultado do julgamento.

O dever de o Estado garantir a seus cidadãos o direito à vida e à saúde não se confunde com direito de escolha do paciente e seu médico particular de medicamentos específicos. E neste sentido, não poderá o Poder Judiciário conceder a tutela àqueles que pugnam pelo fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Ministério da Saúde⁶.

Tal padronização para determinada patologia implica na definição dos critérios de inclusão e exclusão de pacientes, na avaliação técnico-científica das opções terapêuticas existentes, nos estudos de relação custo-benefício e custo-efetividade, avaliação esta realizada de forma criteriosa por um grupo de consultores especialistas deste ministério. A avaliação para incorporação, que considera o impacto financeiro para o sistema, leva em conta os princípios de universalidade, integridade e equidade, sob os quais se baseia o SUS, sendo medida de política pública não sujeita à interferência do Poder Judiciário.

Esta seleção baseia-se nas prioridades nacionais de saúde, na segurança e eficácia terapêutica comprovada, qualidade e disponibilidade dos produtos que atendem à maioria da população. Ainda, deve-se comprovar o benefício sobre a doença específica sobre a qual recai o tratamento, sendo a segurança condição indispensável para autorizar o emprego clínico de qualquer produto, como dispõe o sítio da ANVISA na internet (2010).

Neste íterim, é fato que grande parte dos fármacos disponíveis no mercado não representa qualquer inovação tecnológica significativa. Pesquisas realizadas nos Estados Unidos, pela FDA – *Food and Drug Administration* – informam que, quando da introdução de 385 novos medicamentos no mercado, entre 1981 e 1988, das 25 maiores indústrias farmacêuticas americanas, 3% dos medicamentos representam uma contribuição importante sobre tratamentos

⁶ Não homologados pela ANS/ANVISA e nem mesmo com eficácia terapêutica comprovada.

existentes, enquanto que 13% fizeram uma contribuição modesta e 84% fizeram pouca ou nenhuma contribuição (1999).

De tal modo, se o Judiciário avocar para si a condição de administrador, cientista e clínico, passando a prescrever medicamentos, sem a observância dos planos e previsões orçamentárias, irá criar um verdadeiro caos na Administração Pública, pois, brevemente, em decorrência da finitude dos recursos disponíveis, carecerão verbas para aplicação nos programas previamente criados e aprovados, em privilégio de uma pequena minoria que venha a obter decisão judicial favorável, acarretando real prejuízo para toda a comunidade. Segundo Barroso (2009, p. 26):

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Consoante o disposto no artigo 37 da Constituição Federal, a Administração Pública, seja ela estadual, federal ou municipal, deve seguir princípios básicos, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, *ipsis litteris*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Desta forma, a legalidade, princípio informador dos atos administrativos, é violada pelo Judiciário quando são fornecidos medicamentos não previstos nas determinações do Sistema de Saúde. A impessoalidade não é considerada quando a tutela atinge somente aos que se socorrem do Poder Judiciário e a eficiência também é descartada quando tais medidas rompem o

normal funcionamento e desestruturaram toda uma rede de competências previamente estipulada pela organização de tratamento da saúde no país.

Observa-se que o crescente número de ações judiciais propostas com o fim de garantir o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público tem sido motivo de preocupação para os gestores de saúde em todos os níveis federativos. Assim, segundo pesquisas⁷ o gasto com medicamentos em 2007 foi 3,2 vezes o de 2002 e a participação do gasto com medicamentos no gasto total aumentou de 5,4% em 2002 para 10,7% em 2007. O gasto com os medicamentos da atenção básica teve aumento de 75% e com medicamentos dos programas estratégicos, de 124%. Salienta-se na pesquisa que o aumento mais expressivo do gasto foi observado com os medicamentos de dispensação em caráter excepcional, 252% de 2003 a 2007.

Em âmbito estadual e municipal, a situação é semelhante, havendo inúmeros exemplos de entes municipais que tiveram toda sua verba de saúde aplicada em um único atendimento determinado pela via judicial (Jornal Diário do Grande ABC, 2009). Ainda, pela facilidade com que vem sendo obtidos medicamentos pela via judicial, é favorecido o surgimento de uma enorme variedade de fraudes e a criação de necessidades inexistentes e artificiais, com apoio do lobby da indústria farmacêutica, contrariando a orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS) para o uso racional de medicamentos⁸:

A preocupação dos gestores de saúde com a “Judicialização do SUS” vai além do aspecto financeiro, mas, conforme já exposto neste ensaio, gera a desorganização e desestruturação de todo um sistema, com claro prejuízo às determinações públicas de saúde.

Embora tais ações sejam dotadas de um apelo emocional único, o qual favorece um julgamento voltado à apreciação do caso concreto em detrimento dos impactos de tal decisão no sistema, a autoridade judicial não pode, por si só, ceder

⁷ “O gasto total (agregado) do Ministério da Saúde com medicamentos e de seus programas (desagregado) foram analisados para o período de 2002 a 2007. As ações que financiaram a aquisição de medicamentos foram obtidas no sistema Siga Brasil e classificadas segundo os programas de assistência farmacêutica. Os valores liquidados foram identificados para cada programa. Para 2006 e 2007, foram pesquisadas as aquisições de antiretrovirais. Em relação aos medicamentos do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional, confrontaram-se os dados da ação orçamentária com aqueles disponíveis no Sistema Único de Saúde. Os valores obtidos foram deflacionados aplicando-se o Índice de Preços ao Consumidor Amplo. Foi efetuada análise exploratória dos dados”.

⁸ Vide trabalho disponível no sítio da WHO (World Health Organization) “Rational Drug Use: Prescribing, Dispensing, Counseling and Adherence in ART Programs”. Disponível em: <http://www.who.int/hiv/amds/capacity/ken_msh_rational.pdf>. Acesso em 10 mar 2010.

aos apelos, em sua maioria, urgentes e desesperados da parte, mas levar em consideração todos os aspectos que uma decisão desta natureza possui.

A disponibilização da medicação em desatendimento à política do SUS finda por comprometer aqueles que aguardam o tratamento administrativamente, ou seja, pelas vias normais de garantia deste direito.

Portanto, uma vez que a Lei outorga ao administrador público a discricionariedade para decidir, face aos dados disponíveis, a opção mais apta a realizar o interesse público, ao Poder Judiciário é vedada a violação do mérito do ato administrativo, sob pena de invadir a esfera de autonomia legalmente conferida à Administração para decidir segundo uma estimativa da situação, pautando-se por critérios de conveniência e oportunidade.

Defendemos que a tutela jurisdicional nestes casos é devida quando haja omissão ou falta de política pública *in casu*, ou ainda, insuficiência destas políticas, insuficiência do atendimento ou da disponibilidade do serviço. Tais situações autorizariam a interferência Judiciária para garantir, acima de tudo, o direito à saúde.

5 CONCLUSÃO

Na Magna Carta está assentado no artigo 196 que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Ocorre que nem sempre tais valores são resguardados pelas pessoas ou pelo próprio Estado brasileiro, como podemos ver no clássico poema de João Cabral de Melo Neto, "*Morte e Vida Severina*":

E se somos Severinos
iguais em tudo na vida,
morremos de morte igual,
mesma morte severina:
que é a morte de que se morre
de velhice antes dos trinta,
de emboscada antes dos vinte

de fome um pouco por dia
(de fraqueza e de doença
é que a morte Severina
ataca em qualquer idade,
e até gente não nascida).

Portanto, em face desta realidade, em que alguns “morrem de velhice antes dos trinta”, resta questionar: constitui dever do Estado fornecer todos os medicamentos disponíveis no mercado mundial? É legítimo ao Estado adotar uma política de fornecimento de medicamentos que extrapole suas possibilidades orçamentárias? Ainda, se legítimo e possível, cabe ao Poder Judiciário conceder tais medicamentos a alguns poucos demandantes ou o Estado deve promover um sistema de saúde, baseado em políticas públicas de forma a atender a demanda social por este direito?

Apesar do anseio de que o Brasil possa oferecer aos que nele residam tudo o que existe de mais moderno, e necessário à garantia da vida e da saúde, é forçoso reconhecer que incumbe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo traçar as políticas públicas de saúde, nas quais, necessariamente, está incluída a opção de selecionar os medicamentos que serão oferecidos universalmente a toda população, E assim, na linha de argumentação deste trabalho, apenas nos casos de omissão ou na insuficiência de tais políticas o Poder Judiciário estaria autorizado a intervir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215.p. 151-179, jan.mar.1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

_____. **A doutrina brasileira da efetividade.** In Temas de Direito Constitucional – V.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOTELHO, Marcos César. **O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado: Considerações à Luz do Klaus Günther.** Revista da AGU. Ano VIII nº 20. P. 286-304. Brasília-DF, abr./jun.2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Lisboa, 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Entrevista “STF tem ativismo sem paralelo, diz jurista”**. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/?impresso/politica/99/5903966/stf-tem-ativismo-sem-paralelo,-diz-jurista>> . Acesso em 09 nov 2009.

CALAMANDREI, Piero. [et. al.]. **A Crise da Justiça**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIÁRIO DO GRANDE ABC, Jornal. **Região gasta R\$3 mi com demandas judiciais por remédios**. Disponível em: < [http://www.dgabc.com.br/News/647124/regiao-gasta-r\\$-3-mi-com-demandas-judiciais-por-remedios.aspx](http://www.dgabc.com.br/News/647124/regiao-gasta-r$-3-mi-com-demandas-judiciais-por-remedios.aspx)>. Acesso em: 15 mar 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRIEDMAN, M.A.; WOODCOCK, J; LUMPKIN, M.M; SHUREN, LE; HASS, A.E; THOMPSON, L .J. **The safety of newly approved medicines. Do recent market removals mean there is a problem?** JAMA, The Journal of The American Medical Association, 1999. Disponível em: < <http://jama.ama-assn.org/cgi/content/extract/281/18/1753>> . Acesso em 10 mar 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A judicialização da política**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago: University of Chicago Press, 1965.

MELO NETO, João Cabral. **Morte e Vida Severina**. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/joaocabraldemelonetoo.htm>> . Acesso em 11 mar. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Ilse Gomes. **Democracia e participação na "reforma" do Estado**. São Paulo: Cortez, 2003

STRECK, Lênio Luiz. **A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004.

UNITED NATIONS. **Civil and Political Rights**. Including the Questions of Independence of the Judiciary, Administration of Justice and Impunity. New York: United Nations, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, "Positivização do Direito Natural" e Política**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/195.pdf>>. Acesso em 21 mar 2009.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Gasto do Ministério da Saúde com Medicamentos: tendência dos programas 2002 a 2007**. Revista Saúde Pública. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/2009nahead/534.pdf>>. Acesso em 10 mar 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.