

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: PARÂMETROS E CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

JUDICIALIZATION OF HEALTH PUBLIC POLICIES: OBJECTIVE CRITERIONS AND PARAMETERS FOR THE PROVISION OF DRUGS BY THE STATE

Francys Gomes Freitas¹

Michelle de Freitas Vaz²

RESUMO

Este artigo tem por escopo discorrer sobre o direito à saúde, sua efetivação pelo Estado, mediante a formulação de políticas públicas e a intervenção judicial na seara administrativa, o denominado controle jurisdicional da Administração Pública, especificamente, nos casos referentes ao fornecimento de medicamentos pelo ente público.

De início, serão abordados os conceitos doutrinários sobre o serviço público de saúde face aos princípios da reserva do possível e do equilíbrio orçamentário. Posteriormente, serão citadas e comentadas as contribuições teóricas dos autores Vallinder, Tate, Vianna e outros para o conhecimento e aprofundamento do tema relativo à judicialização da política e das relações sociais, com enfoque no cenário brasileiro. Nesse contexto, será analisado o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em especial no fornecimento de medicamentos, sem deixar a largo a interferência da cláusula da reserva do possível. Nesse sentido, as teses filosóficas da ponderação e a teoria do direito formuladas, respectivamente, por Alexy e Dworkin contribuirão para se atingir o alvo do artigo.

Por fim, serão propostos critérios e parâmetros objetivos a serem observados pelos magistrados no julgamento das ações relativas ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, à luz dos princípios e instituições orientadores das práticas políticas, judiciais e sociais. Destarte, o que se almeja com esse ensaio é auxiliar a sociedade, a doutrina e o Poder Judiciário na busca de uma maior efetividade nas ações que dizem respeito ao provimento de medicações com vistas à correspondência entre necessidade do autor e as possibilidades financeiras do órgão público.

¹ FREITAS, Francys Gomes. Mestre em Direito pela UNIFLU, Especialista em Direito Público pela Newton Paiva, Professor Universitário (Universidade de Itaúna e FACED), Advogado.

² VAZ, Michelle de Freitas. Graduanda em Direito pela Universidade de Itaúna, bolsista do programa de iniciação científica do CNPq.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde, judicialização das políticas públicas, reserva do possível.

ABSTRACT

This article examines the right to health, its effectiveness by the State, through formulation of public policies and the judicial intervention in administrative area, the named jurisdictional control of the Public Administration, specifically, in cases referring to provide drugs by the public entity.

At first, the discussion will be the doctrinal concepts on the public health service against the principles of reserve for contingencies and balanced budgets. After, will be cited and commented the theoretical contributions of authors Vallinder, Tate, Vianna and others for the knowledge and deepening of the subject referring to judicialization of politics and social relations, focusing the Brazilian scenario. In this context, will be analyzed the position of Supreme Court jurisprudence in particular the supply of drugs, while the broad interference clause of reserve for contingencies. After, the philosophical theses of the weighting and the theory of law formulated, respectively, by Alexy and Dworkin will contribute to achieving the target article.

By the end, this proposed criteria and objective parameters to be observed by judges in the trial of actions related to drug supply in the State, considering the principles and institutions that guide the political, legal and social practices. Thus, the aims of this essay is to help the society, the doctrine and the Judiciary Power in search of greater effectiveness in action related to the provision of medication and treatments related to health with a view to matching the need of the author and the financial possibilities of the public entity.

KEYWORDS: Right to health; judicialization of public policies; under reserve of.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Nos últimos anos, a Constituição Federal de 1988 conquistou notória força normativa e efetividade. Os dispositivos constitucionais deixaram de ser vistos como meros componentes de uma carta política, para ingressarem na seara judicial, sendo aplicados direta e imediatamente pelos juízes e tribunais.

Na esteira desse pensamento, observa-se que o desenvolvimento de teses doutrinárias e a multiplicação da jurisprudência referente ao direito à saúde e ao fornecimento de

medicamentos são claras consequências dessa constante tendência à efetivação das normas constitucionais, especificamente às tocantes aos direitos sociais.

Neste ambiente, o Poder Judiciário é acionado para que decida sobre o fornecimento de medicamentos, em uma variedade de circunstâncias, tendo em vista a determinação constitucional de prestação universal e integral do serviço público de saúde.

Entretanto, os mandamentos constitucionais referentes à universalidade e à prestação integral do serviço público de saúde devem ser interpretados com certa cautela, pois embora àquele relacione-se ao direito de todos os cidadãos de recorrer ao SUS, este não abarca todo e qualquer bem e serviço na área de saúde. Isto quer dizer que, seria equivocada o entendimento de que o Estado é responsável pelo provimento de todo e qualquer insumo de saúde independentemente da observância de normas básicas destinadas a organizar o sistema, de modo que os efetivos usuários do SUS possam ser atendidos com eficiência e isonomia.

Outrossim, no tocante à crescente intervenção do Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde, em especial, nas relativas ao fornecimento de medicamentos, constata-se que faz-se necessária a utilização de determinados critérios e parâmetros pelos juízes, com o intuito de promover a efetivação do direito à saúde.

Em outros termos, embora aja visando a minimizar a deficiência do Sistema Nacional de Saúde, a proliferação exacerbada de decisões não razoáveis, como as que condenam à Administração ao custeio de tratamentos experimentais, alternativos, de resultados duvidosos ou extremamente dispendiosos, pode acarretar um colapso da estrutura pública, uma vez que os gastos serão imprevisíveis e imensamente superiores à disponibilidade de recursos.

Ademais, agindo assim, verifica-se a desorganização da máquina pública, que ficará impedida de alocar racionalmente recursos públicos escassos. Visualiza-se, nesse panorama, que uma postura excessiva por parte do Poder Judiciário pode comprometer sobremaneira não só o orçamento público, mas a própria prestação jurisdicional, tornando-a sem efetividade e funcionalidade.

Por isso, o objetivo do presente estudo não consiste em desmerecer a atuação do Judiciário brasileiro, pelo contrário, almeja otimizá-la mediante a proposição de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a ação judicial no campo específico das políticas públicas de distribuição de medicamentos.

Nesse sentido, ressalta-se a relevância da intervenção judicial, visto que, conforme salienta o Luís Roberto Barroso (2007, p. 04):

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. **De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo** e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, **causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos**. (grifo nosso)

Deste modo, o trabalho trará à tona o que muitos denominam “colisão de princípios ou valores”³, isto é, de um lado o direito à vida e à saúde e de outro os princípios da reserva do possível e do equilíbrio orçamentário. Todavia, a questão é bem mais complexa e dramática, uma vez que não está em jogo apenas a ponderação entre a vida e a saúde de um ou dois indivíduos em face da disponibilidade de recurso público, mas de toda a comunidade.

Por isso, conforme se demonstrará ao longo da exposição, a simples ponderação entre os princípios supostamente colidentes, realizada discricionariamente pelo magistrado, nos moldes propostos por Robert Alexy, não soluciona o problema. Muito pelo contrário, pois os excessos e inconsistências praticados pelos juízes continuariam existindo. Portanto, faz-se necessária a construção de critérios e parâmetros a serem seguidos no momento da decisão judicial, além de se levar em consideração à legislação vigente e os precedentes, conforme teorizado por Ronald Dworkin.

De todo modo, cumpre advertir que não se trata de uma tarefa fácil ou de uma solução jurídica mágica, assim como não se tem a pretensão de esgotar o tema. Simplesmente, o presente estudo deseja contribuir de forma efetiva para a otimização das decisões judiciais relativas à saúde, aprimorando a prestação jurisdicional com o intuito de promover a efetivação dos direitos sociais.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

A conceituação de serviço público, assim como a definição de qualquer fenômeno, objeto ou atividade, exige um trabalho de delimitação do âmbito do estudo, de isolamento de sua realidade de incidência e a devida correlação com o conjunto de regras e princípios que norteiam sua existência e execução.

Neste sentido, antes de apresentar as definições tradicionais propostas pela doutrina pátria, deve-se salientar que a Constituição Federal de 1988, bem como as demais leis que integram o ordenamento jurídico brasileiro, não definiram a acepção de serviço público. A Carta Republicana, contudo, alude ao tema em diversas oportunidades, como, por exemplo,

³ Expressão utilizada pelo autor Robert Alexy em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais.

no artigo 175, o qual preceitua de modo genérico que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 288): “serviço público é aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.

Todavia, tal definição apresenta-se demasiadamente ampla, uma vez que não é qualquer atividade prestada pela Administração Pública ou por seus delegados que pode ser considerada como serviço público, ou seja, as atividades de fomento, de manifestação do poder de polícia, as obras públicas, por exemplo, embora sejam realizadas pela Administração, não podem ser consideradas como serviço público.

Da mesma forma, não basta afirmar que o serviço é necessário à coletividade ou atende à conveniência do Estado para enquadrá-lo como tal, pois diversos serviços, como os relativos à alimentação e vestuário são extremamente necessários à sociedade e nem por isso recebem essa qualificação.

O referido autor também não menciona o regime jurídico ao qual os serviços públicos estão subordinados, isto é, se público ou privado, o que acarreta graves problemas para a identificação de um serviço como público ou não. Por exemplo, no que tange ao serviço público de saúde, existem hospitais públicos e hospitais particulares. Entretanto, a sua conceituação não indica quais regras e princípios, de direito público ou privado, deverão reger cada uma dessas instituições.

Deste modo, percebe-se que o conceito mais adequado à presente exposição é o proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 665), por ser mais restrito e por solucionar os aspectos negativos supracitados:

Serviço público é toda atividade consistente na oferta de **utilidade ou comodidade material fruível** singularmente pelos administrados que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade e cujo desempenho entende que deva se efetuar sob o **regime jurídico de direito público**, isto é, outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio, gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.

Contudo, embora seja o mais completo e apropriado conceito de serviço público, pode-se inferir que falta-lhe um essencial detalhe, qual seja: serviço público é toda atividade material que a LEI atribui ao Estado.

Destarte, adota-se a definição do autor Bandeira de Mello *in totum*, com a adição desse sutil tempero, em consonância com o princípio da legalidade administrativa, que dispõe que a Administração Pública só pode agir dentro dos estritos limites previstos em lei.

3 SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

A saúde encontra-se assegurada na Constituição Federal como um direito fundamental de todos os cidadãos, conforme expresso nos artigos 6º e 196, incumbindo-se ao Estado o provimento de bens e serviços destinados à sua promoção, proteção e recuperação.

Dessa forma, consoantes tais dispositivos, a saúde passou a ser um direito público subjetivo, um bem jurídico constitucionalmente tutelado, que de certo modo confunde-se com o direito à vida e à dignidade, devendo ser garantido pelo Poder Público, mediante a formulação e implementação de políticas públicas as quais visem a proporcionar aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médica, hospitalar e farmacêutica.

Em sintonia com essa determinação, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual compreende uma rede regionalizada e hierarquizada, comum a todos os entes federativos, cuja missão é efetivar o direito à saúde, possuindo como diretriz básica o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (artigo 198).

Entretanto, deve-se interpretar tais artigos da Carta Magna com certa cautela, pois a leitura isolada desses pode conduzir a conclusões equivocadas de que o Estado, por intermédio do SUS, deva fornecer, em qualquer circunstância e a qualquer indivíduo, qualquer insumo de saúde. Se assim o fosse, o Estado estaria obrigado a realizar prestações de saúde isoladas e descontextualizadas, conforme salienta Marlon Weichert (*in* SANTOS, 2010, p. 103):

Compreender o princípio do atendimento integral no SUS como fonte do direito ao consumo de insumos de saúde – fornecidos gratuitamente pelo Estado – desvirtua o conteúdo da norma constitucional, pois transforma o dever do Poder Público de prestar serviços integrais em um dispensador de produtos e prestações desconexas, atentando contra preceitos também constitucionais que exigem atenção coletiva, equitativa e isonômica aos cidadãos.

A partir dessa ressalva, pode-se inferir que a responsabilidade do ente público de fornecer medicamentos aos cidadãos está condicionada à observância das regras básicas de organização e utilização do SUS, de modo que o serviço público de saúde possa ser prestado com eficiência e ordenação, atendendo-se os princípios da isonomia e da democracia.

Outrossim, insta asseverar que as supramencionadas normas constitucionais possuem caráter programático, isto é, almejam alcançar determinadas metas, as quais consubstanciam os próprios fins sociais do Estado, sendo destinadas solidariamente a todos os entes políticos integrantes da organização federativa, os quais não podem converter os direitos sociais em meras promessas institucionais, sob pena de macular-se os enunciados da Carta Magna.

Na lição de José Afonso da Silva:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexas com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2006, p. 234.)

Neste diapasão, o autor José Cretella Júnior, na obra “Comentários à Constituição de 1988”, citando Zanobini, assevera a relevância da saúde, entendida como pressuposto básico do exercício dos demais direitos fundamentais:

[...] nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 4331)

Assim sendo, embora não compreenda o objetivo do presente trabalho analisar o conceito, amplitude e evolução do termo saúde, nem tecer longas considerações sobre as diversas contribuições fornecidas por vários autores e filósofos ao longo dos anos, faz-se relevante ressaltar que, diante da omissão constitucional, essa exposição utilizará como base a conceituação constante no preâmbulo da Constituição (1946) da Organização Mundial de Saúde (OMS), qual seja: “Saúde é o completo bem-estar físico mental e social e não apenas a ausência de doença”.

Com isso, pode-se observar o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e externo do homem com o ambiente, para a adequada noção do vocábulo saúde e, conseqüentemente, para a compreensão da importância da prestação do serviço público de

saúde, o qual encontra-se intrinsecamente ligado ao processo de busca pelo estado de completo bem-estar, ao qual se refere à OMS.

Todavia, em que pese esse mandamento constitucional de caráter programático, o direito à saúde esbarra na escassez de recursos públicos, uma vez que as necessidades sociais são consideravelmente superiores às verbas para a sua materialização.

Neste contexto, deve-se destacar a dificuldade na transposição do direito à saúde para o plano prático, ou seja, para o “efetivo direito à saúde”. Segundo estudos realizados pela autora Miriam Ventura (2010, p. 10), um dos fatores que justificam essa dificuldade é a abrangência do conceito de “saúde”, ou seja, diferentemente da postura adotada no período militar⁴, o texto constitucional de 1988 não delimitou a amplitude do termo “saúde”, bem como o que seria tido como responsabilidade do Estado, o que dificulta sua prestação por parte do ente estatal.

Ademais, o artigo 6º da Constituição da República dispõe de modo expreso que a saúde é um direito social, sendo dever do Estado sua efetivação. Entretanto, esse mesmo dispositivo, elenca diversos outros direitos sociais, tais como: a educação, moradia, alimentação, segurança, entre outros, os quais, da mesma maneira, merecem consideração e investimentos do Poder Público.

Em outros termos, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, bem como os serviços públicos cuja prestação incumbe-se ao Estado, são ilimitados, enquanto os recursos públicos, limitados. Por isso, logicamente, é impossível a implementação de todos eles de uma só vez, o que levaria o Estado à ruína.

Diante disso, evidencia-se o conflito entre o princípio/direito à saúde e o princípio da reserva do possível, o qual deve ser solucionado pela Administração Pública, tendo em vista à concretização do interesse público.

Neste contexto, entretanto, a Administração não atua de modo livre e isolado; pelo contrário, deve agir dentro dos estritos parâmetros constitucionais e legais, além de contar com a fiscalização e contribuição do Poder Judiciário, o qual interfere no âmbito administrativo através do processo, o qual segundo o autor Rosemiro Pereira Leal (2011, p. 138), constitui um procedimento em contraditório.

Ressalte-se que os cidadãos cientes de seus direitos e deveres, provocam o Poder Judiciário, buscando a tutela jurisdicional, mediante a propositura de ações, que vão desde

⁴ No período militar adotava-se o paradigma da saúde como a simples ausência de doença. Assim, conseqüentemente, o Estado resguardava tão somente a saúde curativa.

aquelas objetivando o fornecimento de medicamentos, até as que requerem a realização de complexas cirurgias no exterior.

Por via de consequência, o Poder Judiciário ao manifestar-se poderá interferir na execução das políticas públicas, bem como no montante da despesa pública, o que por sua vez, refletirá no orçamento público.

Desse modo, se por um lado não há dúvida quanto à possibilidade de o Judiciário fiscalizar os atos da Administração Pública, por outro é bastante controverso o mecanismo através do qual aquele pode direcionar a execução das políticas dessa e remanejar a aplicação dos seus recursos.

4 ORÇAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A visão clássica concebia o orçamento como uma peça contábil que continha a previsão das receitas e a aprovação das despesas a serem realizadas pelo Estado em um período determinado.

Neste contexto, o orçamento público, assim como os demais elementos financeiros, objetivava a manutenção do equilíbrio financeiro, evitando a expansão dos gastos. Ou seja, o princípio do equilíbrio orçamentário era regra de ouro e totalmente desvinculada dos planos de governo e dos interesses sociais (HARADA, 2009, p. 57).

Entretanto, após o surgimento do Estado Social e a inserção dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades (BONAVIDES, 2006, p. 327), o orçamento deixou de ser um mero documento de cunho contábil e administrativo, para constituir um instrumento representativo da vontade popular, um mecanismo de intervenção estatal e um espelho do plano de ação governamental.

Neste diapasão, ensina o professor de Direito Financeiro Kiyoshi Harada:

No Estado Moderno, não mais existe lugar para o orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade. Daí, por que o orçamento sempre reflete um **plano de ação governamental**. Daí, também, seu caráter de instrumento representativo da vontade popular, o que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário. (HARADA, 2009, p. 58). (grifo nosso)

Com isso, o orçamento público abandona seu aspecto de inércia para tornar-se imprescindível instrumento à disposição da Administração Pública, de modo a auxiliá-la nas diversas etapas do processo administrativo, as quais são: programação, execução e controle. (MÂNICA, 2007, p. 02)

Esse novo paradigma de orçamento surge no momento em que observa-se a necessidade da formulação de políticas públicas voltadas à concretização dos objetivos, metas, programas e, principalmente, direitos individuais e coletivos, agora, contemplados em nível constitucional.

Outrossim, o orçamento ao prever as políticas públicas a serem implementadas, possibilita a intervenção estatal na ordem econômica e social. Por isso, pode-se afirmar que a noção moderna de orçamento está intrinsecamente ligada à concepção de políticas públicas.

Em outros termos, como salienta Régis de Oliveira:

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O Administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserida no documento solene de previsão de despesas. (OLIVEIRA, 2006, p.243)

Por sua vez, em sentido lato, as políticas públicas compreendem todos os mecanismos de atuação do governo:

Políticas públicas referem-se às providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados. (OLIVEIRA, 2006, p. 251)

As políticas públicas podem ser encontradas em leis ou atos normativos; porém, com esses não se confundem, uma vez que decorrem do conjunto de atos ou normas que implementam valores e objetivos consagrados no ordenamento jurídico. (MÂNICA, 2007, p. 02)

Ademais, deve-se salientar que política pública também não se confunde com plano ou programa, embora, geralmente, se concretize por meio desses. Conforme esclarece Maria Paula Dallari Bucci:

A política [pública] é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. (BUCCI, 2006, p. 241)

Todavia, embora possua certa margem de discricionariedade, esse processo de escolha deve observar as autorizações e limites constantes na Constituição Federal e nas leis orçamentárias, como a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), sob pena de crime de responsabilidade, previsto no artigo 85, VI da Carta da República: “é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária”.

Neste sentido, insta mencionar que o texto constitucional estabeleceu uma série de critérios, limites e objetivos a serem observados no momento da realização do orçamento público.

Fernando Facury Scaff (2005), citado por Fernando Mânica (2007), explica que esses limites constitucionais referem-se tanto ao âmbito da receita, quanto das despesas. No âmbito da receita, dizem respeito, essencialmente, aos princípios tributários, como da anterioridade tributária e da capacidade contributiva. Já na esfera das despesas, esses limites podem ser subdivididos em: (1) formais: como, por exemplo, o artigo 198, § 2º da CF que determina o percentual para aplicação em ações e serviços de saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; (2) materiais: são representados por valores, objetivos e programas trazidos pelo texto constitucional e condensados, sobretudo, no artigo 3º, no qual estão contemplados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. (MÂNICA, 2007, p. 04)

Quanto aos limites formais, não há dúvidas acerca da possibilidade do controle judicial. Em contrapartida, quanto aos limites materiais, que envolvem normas de caráter geral, aberto, a questão torna-se bastante controversa. Trata-se da discussão referente à judicialização das políticas públicas, a qual envolve duas sérias questões, como apontado por Maria Paula BUCCI: (a) possibilidade de busca de provimento jurisdicional, por cidadãos ou pelo Ministério Público, com o objetivo de obter a execução concreta de políticas públicas; e (b) mecanismo através do qual pode o Judiciário provocar a execução tais políticas (BUCCI, 2006, 169-186).

5 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A expansão e fortalecimento do Poder Judiciário, fenômeno crescente desde o final do século passado e reforçado com a inclusão dos Tribunais Constitucionais nos sistemas democráticos como órgãos de controle e fiscalização dos demais poderes⁵, ocasionou alterações significativas na formulação e concretização das políticas públicas.

Neste cenário, o Poder Judiciário é provocado para participar dos processos decisórios, ocupando uma posição estratégica frente aos demais poderes da República, em especial, o Executivo (TATE & VALLINDER, 1995; VIANNA, 1999).

⁵ No Brasil, ressalta-se o papel do Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988 no controle de constitucionalidade.

Esse novo paradigma institucional caracterizado pelo uso de meios propriamente jurídicos para a resolução de conflitos tipicamente políticos, é conhecido como processo de judicialização da política.

O termo judicialização da política tem sido utilizado para designar o uso de meios propriamente jurídicos para a resolução de conflitos em áreas cuja atuação é majoritariamente política, assim como para a sinalizar a crescente presença das instituições nestas áreas. (BRITO, 2011, p. 11)

A origem deste termo advém da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, elaborada por Tate e T. Vallinder, na qual os autores conceituaram a judicialização da política, realizando um trabalho de análise das condições para ocorrência deste processo e para a expansão do Poder Judiciário em diversos países do mundo.

Posteriormente, utilizando como marco teórico o estudo de Tate e Vallinder, os pesquisadores Maciel e Koerner (2002, p. 114-132) apresentaram dois sentidos para o processo de judicialização: (1) judicialização do tipo *From Without* – o qual consistiria em uma ampliação da atuação do Poder Judiciário para abarcar a revisão judicial dos atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Com isso, observa-se que tal modelo é baseado no sistema democrático norte-americano conhecido como *check and balances*⁶, mediante o qual os três poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, podem fiscalizar a atuação um do outro. (2) Judicialização *From Within*, o qual, por sua vez, compreenderia o aumento dos procedimentos considerados próprios do Judiciário no Poder Executivo, como por exemplo, as comissões parlamentares de inquérito.

Ademais, além de Maciel e Koerner, os pesquisadores Werneck Vianna (1999), Arantes (2002) e Ernani Rodrigues de Carvalho (2004) utilizaram o conceito de judicialização da política proposto por Tate e Vallinder, aplicando-o no cenário nacional e contribuindo para o estudo e compreensão do tema no Brasil.

Em relação ao autor Carvalho (2004) insta comentar, de modo sucinto, as seis condições necessárias ao processo de judicialização, as quais, segundo ele, encontram-se presentes no Brasil: (1) **democracia**, pois somente neste sistema é possível o fortalecimento de instituições judiciárias, como por exemplo, a revisão dos atos dos demais poderes; (2) **separação de poderes**, uma vez que este tipo de organização viabiliza a expansão do Poder Judiciário; (3) **existência de direitos políticos**, os quais devem ser assegurados através de

⁶ Ver a respeito na obra de FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. Conferir, ainda, na doutrina portuguesa: PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra, 1989.

uma Constituição; (4) **uso dos tribunais pelos grupos de interesse**, ou seja, os juízes devem ser acionados para se pronunciar acerca de determinada ato ou política; (5) **uso dos tribunais pela oposição**, a qual busca interferir nas políticas em andamento; e, por último, (6) a **ineficácia das instituições majoritárias**, isto é, a ineficiência dos órgãos estatais no trato das demandas sociais.

Nesta esteira, pode-se inferir que a compreensão dessas condições faz-se essencial para a análise do processo de judicialização no Brasil. Em outros termos, à luz das premissas estabelecidas por Carvalho (2004), pode-se afirmar que a judicialização ocorre como resposta a uma falha do Poder Executivo e Legislativo em atender suas demandas, as quais são transferidas ao Judiciário, mediante uma “enxurrada” de ações individuais ou coletivas impetradas por aqueles que se vem lesados em um direito constitucionalmente tutelado.

Outrossim, além da contribuição do autor Carvalho, deve-se mencionar os trabalhos desenvolvidos por Vianna (1999) e Arantes (2002), cujas obras são consideradas marcos da pesquisa empírica referente ao tema da judicialização de políticas no Brasil, sendo, frequentemente, citadas e utilizadas como referência teórica em diversas outras produções acadêmicas.

Arantes (2002), em sua obra intitulada “Ministério Público e política no Brasil”, desenvolve estudo acerca do papel deste órgão ministerial na proteção dos direitos fundamentais após a promulgação da Constituição da República.

Segundo este autor, o Ministério Público tem adotado uma postura de voluntarismo político, o qual decorre da hipossuficiência da sociedade em garantir seus próprios direitos e interesses, sendo que tal postura politizada mostra essencial para o desenvolvimento da judicialização.

Por fim, Werneck Vianna (1999) analisa a expansão da atuação do Poder Judiciário para campos antes restritos ao Executivo e Legislativo: âmbito das políticas públicas, utilizando como pilar o conceito de judicialização elaborado por Tate e Vallinder, conforme exposição anterior.

O judiciário, assim, não substituiria à política, mas preencheria um vazio, que, nas sociedades de massa com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder consistência democrática a um excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio (VIANNA, 1999, p. 258).

Após tais considerações sobre os trabalhos de Vianna e Arantes, devem ser abordados os pontos de divergência entre estes autores, para, então, compreender e analisar a possibilidade de intervenção do poder judiciário na esfera das políticas públicas.

Substancialmente, essas diferenças relacionam-se ao modelo de constituição e de república adotado por cada pesquisador. Arantes concebe um modelo constitucional marcado por uma separação rígida dos três poderes, no qual a expansão do Judiciário caracterizaria flagrante ofensa ao equilíbrio proporcionado por essa separação.

Neste sentido, as instituições do Poder Judicial deveriam resguardar ao julgamento de casos individuais, limitando-se minimamente ao que tange o âmbito político. (BRITO, 2011, p.13).

Diametralmente, Vianna (1999) embora também adote o modelo da separação dos poderes, defende que não deve haver um total isolamento entre os poderes e, sim, uma relação de interdependência e harmonia, de modo que a expansão do Poder Judiciário possa compreender “um canal de expressão para os grupos que demandem a promoção dos objetivos comuns expressos pelos direitos fundamentais”. (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 130).

6 A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

No tocante à definição das políticas públicas, a escolha das prioridades orçamentárias e a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na instância Administrativa, existem duas correntes principais, conforme exposição desenvolvida no tópico anterior.

A primeira defende a não intervenção do Poder Judiciário, argumentando tratar-se de atos discricionários do administrador, tanto no momento de elaboração das leis orçamentárias, quanto na fase de sua execução.

Os atos administrativos discricionários compreendem aqueles que a Administração pode praticar com certa margem de liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e conveniência administrativa.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade, formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. (MELLO, 2009, p. 424)

Neste sentido, tendo em vista as diversas necessidades públicas e a possibilidade financeira do Estado, é conferida à Administração a função de alocar os recursos públicos escassos, de modo a satisfazer o interesse público.

Consoante lição de Régis Fernandes de Oliveira:

[...] a ordem será descabida, caracterizando manifesta interferência do Judiciário no Executivo. Os poderes têm seus limites e devem ser respeitados, descabendo ao Judiciário interferir na intimidade da decisão administrativa. (OLIVEIRA, 2006, p. 404).

Releva destacar as teorias minimalistas de Cass R. Sunstein que promulgam a pouca intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas especial no âmbito do legislativo, tendo em vista várias limitações institucionais e jurídicas das Cortes. Deve-se atuar com cautela ao mencionar-se uma ideia oriunda de outra realidade jurídica e histórica. Mesmo assim, é cabível mencionar que Sunstein alicerça suas premissas ao sustentar que:

As cortes possuem graves limites institucionais os quais são argumentos contra um papel judicial de maior importância nas reformas sociais.

(...)

Depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político. Em ambas as acusações, o prejuízo para a democracia poderá ser muito sério. O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. (SUNSTEIN, 2009, p. 186).

Exige-se, ademais, mencionar que um dos objetivos da mencionada teoria é fortalecer a democracia deliberativa.

Já a segunda corrente doutrinária defende a atuação do Judiciário no campo das políticas públicas, tendo em vista a relevância dos direitos tutelados, os quais encontram-se resguardados na Carta Maior. Tal posicionamento considera, ainda, inadmissível o argumento da reserva do possível para justificar a não concessão de um medicamento, alegando que esse princípio constitui uma mera tentativa do Poder Público de esquivar-se do dever constitucional de assegurar a saúde, a vida e a dignidade das pessoas. Sob o aspecto da dignidade Francys Gomes Freitas esclarece que não há que se falar em efetivação das normas do Estado Democrático de Direito sem que haja dignidade da pessoa humana, sendo esta o mínimo de respeito que a pessoa deva merecer. Sustenta ainda que:

Embora teoricamente e legalmente estejamos avançados, tais como as principais e maiores democracias do mundo, em termos práticos, há muito de “dignidade” ainda

distante da realidade de milhares de brasileiros. Por dignidade entende-se, no mínimo, justiça, moradia digna, condições favoráveis de alimentação e acesso à educação e saúde de qualidade. (FREITAS, 2011, p. 21)

O conflito entre essas teorias caracterizam o epicentro do debate acerca da exigibilidade judicial dos direitos sociais, uma vez que uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social, no caso concreto, pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos, os quais podem interferir negativamente na tutela de outro direito que o Poder Público entendeu ser mais relevante.

Contudo, deve-se destacar que para a adoção de qualquer posicionamento deve-se levar em consideração o atual paradigma jurídico-social, o qual deve ser defendido por um Estado que se diz Democrático de Direito, que corresponde à busca pela máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Outrossim, salienta-se que teorias extremas como as supramencionadas não contribuem para o processo de busca de soluções para o impasse entre o direito à saúde e à vida e o princípio da reserva do possível.

Por isso, o presente trabalho opta por uma postura moderada, a qual consiste na possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, desde que essa interferência se dê mediante a utilização de critérios objetivos e técnicos. Ou seja, além dos parâmetros jurídicos, cada caso concreto deve ser analisado por um médico, vinculado ao Poder Judiciário, que auxiliará o juiz, no momento da decisão. Esse profissional emitirá parecer técnico sobre a necessidade, urgência, utilidade, efeitos comprovados do remédio, bem como se o medicamento consta na lista de fornecimento gratuito pelo Estado ou Município, seu custo e a possibilidade de substituição por outro.

7 ANÁLISE DOS PEDIDOS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) referente aos pedidos de medicamentos sofreu, recentemente, relevantes modificações, principalmente, após a STA (Suspensão Tutela Antecipada) nº 91, de fevereiro de 2007.

Antes da STA nº 91, todas as decisões analisadas concediam o medicamento requerido pelo impetrante, não havia sequer um voto divergente. Nessas decisões, era inadmissível o argumento da escassez de recursos públicos para negar provimento ao pedido. (WANG, 2008, p. 05).

Dessas decisões podem ser destacadas as seguintes:

Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo improvido.

- **O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.**

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

- **A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente**. (AGR no REExt. nº 271.286-8 / RS. Segunda Turma. Des. Rel. Celso de Mello. PJe 12/09/2000) – grifo nosso.

Pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio – pessoas destituídas de recursos financeiros – **direito à vida e à saúde – necessidade imperiosa** de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, **a integridade** desse direito essencial - fornecimento **gratuito** de medicamentos indispensáveis **em favor** de pessoas carentes – **dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, caput e art. 196) – precedentes (STF)** – Abuso do direito de recorrer – imposição de multa – recurso de agravo improvido. (AgREExt nº 393.175/RS. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 12/12/2006). – Grifo nosso.

Nessas passagens, demonstra-se, de modo claro, que o STF entendia que o direito à saúde era um direito fundamental jurisdicionalmente tutelável e que deveria ser implementado pelo Estado de forma “plena” e “universal”. Afirma, ainda, que caberia ao Poder Judiciário atuar quando o poder público fosse omissivo e quando essa omissão fosse “anômala”, “intolerável” e “arbitrária”. Assim, lado outro, o Judiciário não poderia interferir quando a atuação da Administração não se enquadrasse nessas situações (WANG, 2008, p. 07)

Outrossim, observa-se que o Tribunal Excelso deferia todos os pedidos de medicamentos sem maiores ponderações a respeito da escassez dos recursos públicos, os custos dos direitos e a reserva do possível. Segundo esse entendimento, sempre que um medicamento não era fornecido, havia uma injusta restrição ao direito à saúde, consagrado da Constituição Federal, a qual deveria ser corrigida pelo Judiciário.

Entretanto, a STA 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, foi a primeira decisão formulada no sentido que não é obrigatório o fornecimento, pelo Estado, de todos os medicamentos requeridos judicialmente. Para fundamentar essa decisão, foi apresentado o princípio da reserva do possível e a necessidade de racionalização dos gastos públicos para o atendimento de um número maior de pessoas. E, ainda, a concessão de certos pedidos poderia

abalar sobremaneira o sistema público de saúde, prejudicando o atendimento das demais necessidades públicas, as quais englobam um número muito maior de indivíduos.

Todavia, visando a eximir-se dessa responsabilidade, o Estado não pode simplesmente alegar a ausência de recursos públicos ou fazer mera referência ao princípio da reserva do possível. Essa escassez deve ser comprovada no caso concreto, justificando a impossibilidade de conceder o medicamento pleiteado.

Deste modo, constata-se que não há direitos absolutos, nem no tocante à saúde, nem no referente aos recursos públicos. Obviamente, os direitos são infinitamente superiores ao erário, entretanto, essa afirmação não pode servir para isentar o Estado de sua obrigação concernente à concretização dos direitos sociais em todas as hipóteses. Deve-se, portanto, analisar cada caso à luz dos preceitos constitucionais e considerando as conseqüências e impactos econômicos de cada ato administrativo.

8 CLAÚSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Em linhas gerais, a cláusula ou princípio da reserva do possível consiste na possibilidade e extensão da atuação da Administração Pública no tocante a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, tais como o direito à saúde, o qual se encontra adstrito à existência de recursos públicos disponíveis.

Essa teoria fora mencionada pela primeira vez no julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, na decisão denominada *Numerus clausus* (BverfGE n° 33, S. 333), na qual a Corte analisara a demanda proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960.

Ao decidir pleito, o Tribunal entendeu que o direito à prestação positiva (no caso, aumento de número de vagas na universidade) encontra-se sujeito a cláusula da reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Em outros termos, refere-se à razoabilidade da pretensão deduzida em juízo (MÂNICA, 2007, p. 13).

Conforme a lição de Ingo Sarlet (2001, p. 265):

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Contudo, no Direito pátrio, essa teoria fora adaptada, transformando na reserva do financeiramente possível, à medida em que considerou os seguintes limites para a implementação dos direitos sociais: (a) disponibilidade de recursos públicos; (b) previsão orçamentária do gasto a ser realizado; e (c) razoabilidade do pedido (SARLET, 2001, p. 286).

Neste diapasão, afirma o Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen"). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "numerus clausus" de vagas nas Universidades ("numerus-clausus Entscheidung"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível. (MENDES, apud SILVA, 27)

Neste contexto, a teoria da reserva do possível substituiu as antigas normas pragmáticas que defendiam a impossibilidade jurídica da intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo, em face do princípio da separação dos poderes e passou a ser utilizada pela Administração Pública, como justificativa para o não fornecimento de remédios requeridos pela via judicial.

Todavia, devem ser feitas algumas observações. A implementação dos direitos sociais não pode ser afastada mediante a mera alegação de insuficiência de recursos, por parte do Poder Público. Essa carência deve ser comprovada pela Administração no caso concreto, sob pena de rasgar-se a Carta Maior, chancelando o arbítrio do administrador.

Nesta esteira, o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostra lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele ilegítimo, arbitrário e censurável o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que 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 de essencial fundamentalidade. (STF, ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04)

Deste modo, constata-se que tal cláusula constituiu uma limitação à implementação dos direitos sociais. Entretanto, não basta sua alegação pelo ente público para negar um pedido de fornecimento de um determinado medicamento, faz-se necessária sua comprovação, mediante elementos objetivos, em cada caso concreto, visando a racionalização dos gastos públicos, de modo a atender o maior número possível de indivíduos.

8 CRITÉRIOS E PARÂMETROS ORIENTADORES DAS DECISÕES JUDICIAS NAS AÇÕES PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

As demandas judiciais que possuem como objetivo o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, trazem à tona a ferrenha discussão entre alguns princípios e direitos, os quais sejam: de um lado o direito à vida e à saúde e de outro o princípio da reserva possível e do equilíbrio orçamentário.

Contudo, para a solução desses casos difíceis (*hard cases*) o juiz não dispõe de uma regra clara, que demonstra qual desses interesses deve prevalecer no caso concreto. Daí, a complexidade e relevância do trabalho do magistrado.

A teoria da ponderação, formulada por Robert Alexy, propõe a seguinte solução para esse impasse:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. (...). A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (...). Esse “conflito” – como o Tribunal Constitucional Federal costuma chamar esse tipo de colisão – não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio de “sopesamento”, no qual nenhum dos princípios – nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal chama-os de “valores constitucionais” – “pode pretender uma precedência geral”. Ao contrário, é necessário “decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais”. (ALEXY, 2008, p. 93-101)

Todavia, depreende-se que a tese da ponderação desenvolve-se no campo nos valores e, por isso apresenta uma série de problemas, tais como: (1) equipara princípios a valores, (2) considera os direitos como se fossem bens sujeitos à “negociação” no caso concreto e, principalmente, (3) defende que o juiz, diante de um caso difícil (*hard case*), deve realizar o

sopesamento dos “interesses em jogo”, o que abre margem à atuação discricionária do magistrado, sujeitando a decisão às meras preferências do julgador.

Deste modo, embora as lições de Robert Alexy, cujo cerne foi brevemente explanado *supra*, sejam de grande valia, entende-se não ser suficiente, para a solução do problema da colisão entre princípios, o mero “sopesamento de interesses”. Isto porque o referido *sopesamento* implica a possibilidade de que direitos fundamentais percam, em alguns casos, a sua solidez, o que acabaria por ameaçar a sua força em geral. Como se não bastasse, o *sopesamento* implica também o risco de que os direitos fundamentais sejam vítimas de “juízos irracionais”. (HABERMAS, 1996, p. 368)

Deste modo, entende-se mais adequada a adoção da teoria do direito sustentada por Ronald Dworkin como embasamento para se estabelecer critérios e parâmetros objetivos para a atuação dos juízes nos casos difíceis.

Segundo Dworkin, o juiz para proferir uma decisão em uma situação difícil deve analisar o que já fora escrito por outros magistrados em casos análogos e considerar os princípios tidos pela sociedade como orientadores da vida e das relações sociais (“comunidade de princípios”), com o intuito de se alcançar a solução mais razoável e justa para o caso concreto.

Outrossim, partindo desse marco teórico, o presente trabalho deseja ir mais além, propondo alguns critérios e parâmetros objetivos para auxiliar os magistrados na complexa tarefa de decidir acerca do fornecimento de determinado medicamento ou não pela Administração Pública.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que o comando constitucional que determina a prestação dos serviços públicos de saúde de forma adequada e integral aos usuários, através do SUS, traz à tona a seguinte discussão: Quem pode ser considerado usuário do SUS? Ou seja, é necessário delimitar quais são os titulares dos direitos a serem prestados pelo ente estatal. (WEICHERT, *in* SANTOS, 2010, p.104).

O direito à saúde, bem como sua promoção, proteção e recuperação por parte do Estado é universal. Com isso, todo cidadão brasileiro ou residente no país tem direito a participar das ações de saúde promovidas pelo SUS. Entretanto, considerando que o ordenamento jurídico não conferiu exclusividade ao Poder Público no atendimento à saúde, existindo a prestação de serviços privados⁷, o indivíduo possui a liberdade de optar por um ou

⁷ Embora a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada, conforme determinação do artigo 199 da Constituição Federal, tal atividade não goza de plena liberdade, devendo ser regulamentada, fiscalizada e controlada pelo Estado, considerando a relevância pública dessa atividade.

pelo outro. Em outros termos, todos os cidadãos são *usuários potenciais* do SUS, entretanto, somente os que o escolhem se tornam *usuários efetivos*⁸.

Assim sendo, nenhum indivíduo é obrigado a optar pelo SUS, salvo as ações compulsórias de controle epidemiológico. Com isso, a opção pelo uso do serviço privado revela que, para aquele atendimento, o indivíduo declinou da utilização do mencionado sistema público.

Deste modo, diante desta consideração, pode-se inferir que o atendimento integral é responsabilidade do Estado perante os cidadãos que escolheram o serviço público. Conforme salienta Lenir Santos:

A universalidade compreende todos quantos queiram ir para o SUS, enquanto a integralidade não compreende tudo.

A universalidade assegura o acesso de todos na saúde, mas a pessoa precisa querer adentrar o SUS, uma vez que a assistência integral somente é garantida àqueles que estão no SUS. Quem optou pelo sistema privado não pode pleitear parcela da assistência pública porque ela pressupõe a integralidade da atenção e a integralidade da atenção, por sua vez, pressupõe que o paciente está sob terapêutica pública, escolheu o sistema público. (SANTOS, 2010, p. 110)

Portanto, ressalta-se que o SUS deve assegurar atenção adequada e integral àquelas demandas de saúde formuladas por quem seja usuário efetivo do sistema, ou seja, aquele cidadão que, não obstante a existência de serviço privado de saúde, optou pelo SUS, buscando o atendimento público através das “portas de entrada”⁹, devidamente disciplinadas e regulamentadas, as quais organizam o sistema de saúde e garantem o acesso democrático e igualitário ao serviço.

Após a realização desta filtragem, deve-se asseverar que os requerimentos de medicamentos devem ser formulados em receituários próprios do SUS e subscritos por profissionais credenciados ao sistema, o que denota a utilização integral do serviço público.

Entretanto, deve ser feita a seguinte ressalva: a utilização do receituário SUS subscrito por médico conveniado ao Sistema deve ser a regra básica a ser observada. Porém, não se trata de norma absoluta, uma vez que comporta exceções, como o exemplo fornecido por WEICHERT (*in* SANTOS, 2010, p. 113):

⁸ As expressões “usuários potenciais” e “usuários efetivos” foram utilizadas pelo autor Marlon Alberto Weichert, na obra organizada por Lenir Santos, intitulada *Direito da Saúde no Brasil*, 2010, p. 107.

⁹ Para maiores informações sobre a organização do Sistema Único de Saúde, bem como as portas de entrada ao sistema, consultar a Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e o Decreto nº 7.508/2011, o qual regulamenta a mencionada lei, dispondo sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, além de outras providências.

[...] em alguns municípios brasileiros a população tem acesso ao sistema de saúde suplementar em decorrência de convenção coletiva de trabalho dos sindicatos com indústrias da região, as quais empregam quase toda a comunidade economicamente ativa. Entretanto, nem a empresa nem o prestador de serviços oferece assistência farmacêutica. Nesta situação, pode ser mais econômica e compatível com o interesse público a ampliação da assistência de farmácia àqueles cidadãos que não apresentam prescrição médica do SUS. Do contrário, haveria a criação de uma demanda desnecessária por serviços de atendimento, apenas para satisfazer a normativa constitucional que exige a prescrição médica do SUS.

Posteriormente, deve-se asseverar a necessidade de um parecer técnico acerca do medicamento requerido, sua utilização e conseqüências comprovadas. Ou seja, por se tratar de critérios médicos específicos, tal análise não pode ser deixada a cargo dos operadores do Direito, sendo necessário o assessoramento por um profissional da área médica.

Esse profissional deve estar à disposição do magistrado ou tribunal para avaliar o paciente, inclusive, *in loco* (sendo necessário), o caso, bem como a necessidade e urgência do fornecimento do remédio pleiteado.

Destarte, ressalta-se que para a obtenção de resultados imparciais e objetivos, esse profissional não pode ser o médico que acompanha ou já acompanhou o paciente.

Esta avaliação percorrerá as etapas a seguir mencionadas. Primeira: o medicamento requerido consta na lista dos fornecidos gratuitamente pelo SUS?

Em caso afirmativo, não há que falar em reserva do possível, uma vez que o próprio Estado já mencionou, expressamente, a capacidade e possibilidade de prover o medicamento, devendo a ação, portanto, ser julgada procedente, condenando a Administração a fornecê-lo.

Em contrapartida, se a resposta for negativa, deve-se passar para uma segunda fase de análise, na qual se buscará responder as seguintes questões:

- 1- O medicamento deve ser fornecido rapidamente, existindo risco de morte do paciente? Ou trata-se de um remédio para melhorar a sua qualidade de vida?
- 2- O medicamento pode ser substituído por outro que conste na lista do SUS, sem prejuízo para o paciente?
- 3- Os benefícios desse medicamento são comprovados ou refere-se a tratamento experimental?

No tocante ao primeiro questionamento, constata-se que havendo risco de morte do paciente, o medicamento deve sim ser fornecido pelo Poder Público, tendo em vista a gravidade do caso e a essencialidade do bem que se almeja proteger.

Lado outro, o mesmo raciocínio não pode ser imposto a todas as situações, nas quais o uso da medicação visa a, tão somente, melhorar a qualidade de vida do indivíduo. Isto é, deve-se ter em mente que caso seja atendida a pretensão de alguém que não é urgente nem envolve risco de morte, pode-se estar privando outrem que esteja nestas condições.

Porém, a análise não deve ser interrompida neste ponto, pois deve-se verificar, ainda, a viabilidade da substituição por outro remédio que conste na lista do SUS, tendo em vista a menor onerosidade e a obtenção de resultados semelhantes, sem prejuízo para o paciente.

Igualmente, deve-se ponderar se o medicamento solicitado possui efeitos comprovados cientificamente ou se trata de tratamento alternativo ou experimental. Ou seja, não se mostra razoável obrigar a Administração a fornecer algo cujos resultados não são sequer conhecidos, sob pena de se promover a realização de testes medicamentosos.

Deste modo, a partir da utilização desses critérios e parâmetros e contando com o auxílio técnico-médico, as decisões judiciais tendem a alcançar maior efetividade, forçando o Poder Público a fornecer medicamentos, somente, nos casos comprovadamente necessários, além de levar-se em conta a concretização do direito à saúde dentro das possibilidades financeiras do órgão público.

9 CONCLUSÃO

A saúde encontra-se assegurada na Constituição Federal como direito público subjetivo e fundamental de todos os cidadãos, sendo dever do Estado a sua implementação mediante a formulação e execução de políticas públicas.

Entretanto, da mesma maneira, o referido diploma elenca diversos outros direitos, os quais também merecem consideração e investimentos por parte do Poder Público, como o direito à educação, habitação, previdência, entre outros.

Nesse sentido, considerando que os direitos sociais são consideravelmente superiores aos recursos para sua efetivação, incumbe ao Estado efetuar escolhas, estabelecendo critérios e prioridades para a definição das políticas públicas a serem criadas e executadas em cada setor da sociedade.

Neste ambiente, o Poder Judiciário é acionado para intervir no âmbito administrativo, proferindo decisões que podem refletir no orçamento público, condenam o ente público a fornecer ao particular determinado medicamento.

Todavia, observa-se que essa crescente ingerência, não raras vezes materializada por decisões irrazoáveis, tais como as que obrigam a Administração a custear um tratamento medicamentoso experimental e de alto custo, em detrimento de uma considerável parcela da sociedade, igualmente possuidora do direito à saúde, tem acarretado uma elevação exagerada dos gastos, comprometendo a aplicação dos recursos públicos, principalmente, no próprio setor da saúde.

Com isso, surge o denominado conflito entre o direito à vida e à saúde em face do princípio da reserva do possível e do equilíbrio orçamentário, uma vez que os direitos sociais são ilimitados, mas os recursos disponíveis limitados.

Para a solução desse impasse, deve-se abandonar posturas extremas, analisando cada caso concreto mediante a utilização de critérios e parâmetros objetivos, os quais devem orientar a decisão dos magistrados.

Ademais, conforme demonstrado ao longo da exposição, este trabalho de cognição do juiz deve ser realizado com o auxílio de um profissional da área médica, o qual possui conhecimento técnico para avaliar o caso, emitindo parecer acerca da necessidade e urgência do fornecimento do medicamento, bem como sobre os efeitos de sua utilização e a possibilidade de substituição deste por outro que conste na Lista do SUS, sem prejuízo para o paciente.

Com isso, através desse estudo, o Poder Judiciário atuará de modo razoável e racional, sem onerar excessivamente a Administração Pública, intervindo somente nas hipóteses comprovadamente necessárias e urgentes, garantindo-se, assim, o direito à saúde, a segurança jurídica e a efetividade das decisões judiciais.

Portanto, conclui-se que o magistrado pode sim intervir no âmbito administrativo, deste que sejam observados parâmetros e critérios objetivos que legitimem essa atuação, tendo em vista à materialização dos direitos sociais dentro da disponibilidade financeira do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legalidade democrática*. Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>. Acesso em: 01/03/2012.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em: 01/03/2012.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 01/03/2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRITO, Renata Janaína de Souza. *A judicialização do direito à saúde: uma revisão bibliográfica da produção científica nacional*. Brasília: 2011.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Francys Gomes, SILVA, Marcelo dos Santos. Análise da (in)constitucionalidade da prescindibilidade do advogado à luz do Juizado Especial Cível. *Revista Meditare*. Disponível em <http://www.faced.br/revista/03/>, acesso em 30 de março de 2012.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

HABERMAS, Jürgen. “Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, in Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Forense, 2011.

MACIEL, Débora. KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. São Paulo: Lua Nova. 2002. N° 57. P. 113-133. [on line]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 01/08/2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo judicial e estado de direito*. Disponível em: Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>
Acesso em: 01/03/2012.

SANTOS, Lenir. *Direito da saúde no Brasil*. São Paulo: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Leny Pereira. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível: <http://pt.scribd.com/doc/73618767/Direito-a-Saude-Por-Leny>. Acesso em: 10/12/2011.

SOUZA, Renilson Rehem. *Sistema Público de Saúde Brasileiro*. Distrito Federal: Editora MS, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR – 271286. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e Outros. Relator: Min. Celso de Mello. RE 393175. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 242859. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Rute Regina S. Nunes. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257184>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 195192. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 256327. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Antônio Martinelli. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258535>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 268479. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: André Costa Cavalheiro Lima e Outro. Relator: Min. Sydney Sanches. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335289>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 255627. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Rosimari Pereira Dias. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 259508. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Patrício Palácio de Souza. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=351209>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 226835. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Rosimari Pereira Dias. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251894>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 393175. Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e Outros. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 10/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA – 91. Requerente: Estado de Alagoas. Requerido: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10/12/2011.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995

TEIXEIRA, Ariosto. 1997. *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*. Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB.

TEIXEIRA, Maria Cristina. PAIUCA, Anna Christina Kauf. BICALHO, José Sebastião Vieira. *O controle judicial das políticas públicas*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/942/999>. Acesso em: 15/01/2012.

VENTURA, Miriam. Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde. Rio de Janeiro: Physis, 2010. V. 20, n° 1. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 01/08/2012.

VIANNA, Luís Werneck *et alii*. 1999. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro. Editora Revan.

VIANNA, Luís Werneck *et alii*. 1997. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro. Editora Revan.

WANG, Daniel Wei Liang. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. São Paulo: Ver. Direito Sanitário. v. 10. n. 1. mar./jun., 2009. Disponível em: http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792009000100016&script=sci_arttext. Acesso em: 10/12/2011.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. São Paulo: Rev. Direito GV, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>. Acesso em: 10/12/2011.