ARTIGO

A judicialização no acesso a medicamentos

Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa

Mestranda em Direito pela UNESA, Bolsista da CAPES, Advogada formada pela Faculdade Mackenzie-Rio, Pós-Graduada em Administração de Empresas pela FGV, Farmacêutica formada pela UFRJ.

RESUMO:

Este estudo tem por objetivo abordar a questão da *judicialização política* no acesso a medicamentos, ou seja, se a intervenção dos tribunais em matéria de direito à saúde torna este mais efetivo para todos ou só contribui para acentuar as desigualdades e as injustiças no acesso a ele. É de grande importância, e, portanto, tornando-se obrigatório definir *judicialização da política e ativismo judicial*, uma vez que é comum a confusão que se faz com relação a estes dois conceitos

PALAVRAS – CHAVE:

Judicialização; Ativismo Judicial; Direito à Saúde; Igualdade; Medicamentos.

ABSTRACT:

This study aims to address the issue of legalization policy on access to medicines, i.e., whether court intervention on the right to health facilitates the accessibility of medicinal for all or only contributes to imbalances and inequities in this process. It is of high importance, and therefore mandatory, to define judicialization of policies and judicial activism, since there is a common confusion concerning these two concepts.

KEY WORDS:

Judicialization; Judicial Activism; Right to Health; Iguality; Medicines.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante direitos fundamentais e o cumprimento de metas de cunho social de maneira exemplar, entretanto a efetivação dessas normas não tem seguido o mesmo caminho e é diante desta realidade que a discussão sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, principalmente com relação ao direito à saúde, tem se tornado cada vez mais feroz, tendo a hipótese surgida como uma alternativa para sanar omissões.

Sendo assim, torna-se possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissório da Constituição e da noção de sua força normativa, ocorre, por vezes, um deslocamento do polo de tensão dos demais poderes do Estado em direção à justiça constitucional, ou seja, o que antes se focava na vontade geral (Legislativo) e no Estado Social no Executivo, pela necessidade de resolver problemas sociais a partir de políticas públicas, no Estado Democrático de Direito engendra-se uma nova formulação nessa relação, a medida que aumentam sensivelmente as demandas pela ação do Poder Judiciário, a ponto de se admitir que inércias do poder Executivo e do Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário.

A preocupação está no excesso do Poder Judiciário em sua atividade de interpretação das normas constitucionais e este parece ser o ponto central das preocupações da metodologia contemporânea do direito.

No âmbito do direito à saúde, são em grande número as decisões de Tribunais brasileiros inclusive no STF condenando o Estado a fornecer gratuitamente medicamentos, meios de diagnóstico ou tratamento de pessoas doentes, e ao pagamento de multa diária pelo não cumprimento destas decisões judiciais.

De acordo com Streck, vários Estados da Federação gastam mais em pagamentos de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamen-

tos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R$ 515 milhões, quase R$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos.

Assim sendo, este estudo tem por objetivo abordar a questão da *judicialização política* no acesso a medicamentos, ou seja, se a intervenção dos tribunais em matéria de direito à saúde torna este mais efetivo para todos ou só contribui para acentuar as desigualdades e as injustiças no acesso a ele.

Em um primeiro momento torna-se obrigatório definir *judicialização da política e ativismo judicial*, uma vez que é comum a confusão que se faz com relação a estes dois conceitos, assim como não há como deixar de enfrentar as questões de fundo relacionadas à postura do juiz e o papel político do Judiciário, porque estas questões dizem respeito à ordem jurídica a que se pleiteia o acesso.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA VERSUS ATIVISMO JUDICIAL

O *Ativismo* e a *judicialização* são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira. O acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, pesquisas que buscam a explicação deste fenômeno.

A *judicialização da política* representa um conjunto de coisas sobre as quais o judiciário não possui controle. São fatores preexistentes em relação à sua atividade e atuação. São razões de ordem político-sociais que em virtude do aumento da litigiosidade, leva ao imaginário difuso enxergar no Poder Judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes eram debatidas no âmbito político.

Segundo Streck,

> Em um país como o Brasil, em que a Constituição estabeleceu um catálogo de direitos sociais que são também fundamentais (prestacionais), é inevitável que ocorra um acentuado grau de judicialização da política. Isto porque, em um país de modernidade tardia, ocorre um déficit de prestações sociais no plano das políticas públicas. Na medida em que o governo não as faz, a população corre para o judiciário. Pronto: tudo fica judicializado, desde o fornecimento de remédios à construção de escolas, oferta de vagas, etc...

O Ministro Luiz Fux, para definir judicialização da política - em um discurso que fez em homenagem ao novo presidente do STF, Joaquim Barbosa - chama à colação as lições do cientista político estadunidense Chester Neal Tate dizendo que tal fenômeno (judicialização) significa o deslocamento do polo de decisão de certas questões que tradicionalmente cabiam aos poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do judiciário.

De acordo com José Eisenberg, a judicialização da política é um processo complexo composto por dois movimentos distintos: o primeiro refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; e o segundo é a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes.

Segundo Valle, a judicialização da política a partir da constituição de 1988 se manifesta como um fenômeno caracterizado pela presença expansiva dos direitos fundamentais, suas garantias e as instituições postas a seu serviço. É compreensível o entusiasmo com que a cidadania tenha se lançado na persecução jurisdicional dos direitos assegurados pelo Novo Texto Fundante,

supostamente não garantidos no todo ou em parte, no entanto, por outro lado, previsíveis são os riscos de uma tendência a um ativismo de parte de um Judiciário que, apontado como garantidor desses mesmos direitos, vê-se tentando ampliar o seu espaço de atuação, em nome do valor maior de proteção à dignidade da pessoa.

Por certo que este fenômeno não é uma exclusividade brasileira. Há uma certa expansão do Poder Judiciário acontecendo, em maior ou menor grau, no cenário mundial como, por exemplo, no caso da eleição norte-americana envolvendo George W. Bush e Al Gore; a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o papel da Alemanha na Comunidade Europeia, e o caráter federativo do Canadá.

No Brasil, conforme Werneck Vianna, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, testemunhou-se um crescente processo de judicialização da política, resultante de uma progressiva apropriação das inovações da Carta de Outubro por parte da sociedade e de agentes institucionais, notadamente governadores e Ministério Público.

Portanto, fica evidenciado que a judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade do Poder Judiciário. A judicialização, na verdade, é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passaram os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático.

Já o ativismo possui uma raiz completamente diversa. Este sim, liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais. Pode ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política.

O ativismo está situado dentro do Direito – no âmbito interpretativo, da decisão judicial – mas, paradoxalmente, também está fora, na medida em que a estrita dependência em torno daquilo que o juiz pensa, entende ou deseja no julgamento de uma determinada questão

judicializável, pode levar a suspensão do direito vigente, criando fissuras na institucionalidade, desenvolvendo figuras típicas de um Estado de Exceção. Por isso, o modo de controlá-lo deve ser aferido no âmbito da interpretação do Direito, sendo, por isso, um problema a ser enfrentado pela hermenêutica jurídica.

Nas palavras de Streck,

> Enquanto a judicialização é contingencial, o ativismo ocorre quando os juízes e tribunais se substituem ao legislador e ao Poder Executivo fazendo juízos políticos e morais sobre a legislação e sobre o modo de administrar. O problema é que cada juiz faz o seu próprio juízo político e moral. O resultado é uma fragmentação das decisões. Assim ao invés de os Governos elaborarem políticas públicas, acabam gastando energias para atender demandas ad hoc. E isso acaba sendo interessante para os governos, porque ao invés de concederem remédios e proporcionarem internamentos através de políticas para todos, eles fornecem advogados para que as pessoas ingressem com ações. E isso forma um círculo vicioso.

Cabe novamente lembrar que ativismo judicial e judicialização da política são coisas que se confundem, por vezes, na "teoria constitucional contemporânea" do início do século XXI, especialmente por fazerem parte de um gênero maior, o protagonismo judicial. Assim, enquanto se tem no ativismo judicial – uma das modalidades de protagonismo – a feição promotora dos fins sociais (pro) postos na Constituição, na outra face do protagonismo judicial, a judicialização, encontra-se um movimento migratório do poder decisório próprio do Legislativo para o Judiciário. Tal movimento ocorre como uma espécie de estratégia de transferência de poderes (que se movimentam do Legislativo para o Judiciário), sonegando uma

série de temas controversos do debate público.

A Constituição brasileira contém um leque de direitos fundamentais sociais inexistentes em outras Constituições, consequentemente, a judicialização se tornou inexorável. No entanto, o principal problema está na confusão que se faz entre judicialização, que é contingencial, ou seja, ela não é um mal em si, e ativismo, que é uma forma antidemocrática de substituição dos juízos morais, políticos e econômicos que devem ser feitos pelos Poderes Executivo e Legislativo. Se a judicialização é inevitável, foi pela falta de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais que esta, a judicialização, foi transformada em vulgata do ativismo.

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, na inércia/omissão dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento do catálogo de direitos fundamentais (saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, etc...), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões. Daí crescer em importância a necessidade de uma teoria da decisão judicial. Democracia, neste caso, quer dizer controle das decisões, que implica na presença de uma doutrina que doutrine e que produza "constrangimentos epistemológicos" para censurar as decisões do Judiciário que sejam feitas por políticas e não por princípios. A democracia corre perigo se a aplicação do direito pelos Tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial.

Nas palavras de Streck,

> Se no modelo de direito liberal (século XIX, modo simples) tínhamos a prevalência do Legislativo e no Estado Social a prevalência do Executivo, nesta quadra, no auge do constitucionalismo compromissório, o Poder Judiciário cresceu sobremodo. E, mormente, no Brasil, no vácuo do Poder Executivo e Legislativo, acabou por tomar para si tarefas que não lhe

> dizem respeito. Por isso, temos que controlar as decisões judiciais. Democracia é controle. Como fazer isso? Com uma consistente teoria da decisão. Não se pode aceitar decisões mal fundamentadas ou fundamentadas na vontade individual de um membro do judiciário.

É nesse ponto que se faz necessário enfrentar questões relacionadas à postura do juiz, ou seja, é importante ressaltar o problema da manifestação da verdade no próprio ato judicante que não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete, como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva.

Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes deixam claro que estão julgando de acordo com a sua consciência ou seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei. A tendência contemporânea é de apostar no protagonismo judicial como forma de concretizar direitos. Esse incentivo doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra que se convencionou chamar *Jurisprudência de Valores*, porém a realidade alemã e brasileira são bem distintas e não possuem os mesmos contornos históricos.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, ultimado em 2007, retrata muito bem essa indevida recepção do ativismo do *Bundesverfassungsgerischt*, o que se pode ver pelos explícitos dispositivos que objetivam a flexibilização da técnica processual, seguido do consequente aumento dos poderes do juiz. Ou seja, o Código já nasce com um déficit de democracia ao deslocar o problema da concretização dos direitos dos demais Poderes e da Sociedade em direção ao Judiciário.

Se for feita uma análise do problema, ou seja, *dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do intérprete acabam possibilitando discricionariedades e arbitrariedades. Em regimes e sistemas jurídicos demo-

cráticos, não há espaço para que "a convicção pessoal do juiz" seja o critério para resolver as indeterminações da lei, enfim, os casos considerados difíceis.

Segundo Streck,

> Quando critico o "solipsismo judicial" ou, o que é a mesma coisa, as "decisões conforme à consciência do julgador", tenho em mente a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista [...]. A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado.

Na especificidade do direito brasileiro, a grande conquista foi a constituição – sem dúvida a mais democrática do mundo. Esse é o vetor que deve conformar a atividade do jurista.

Para finalizar este tópico, cabe ressaltar as seis hipóteses que Streck desenvolveu, em que o Judiciário pode deixar de aplicar uma lei:

a) Quando a lei for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
b) Quando for o caso de aplicação de critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, por exemplo, a *lex posteriores*, que derroga a *lex anteriores*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
c) Quando aplicar a interpretação conforme à Constituição, ocasião em que se torna necessária uma

adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição.

d) Quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido;

e) Quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) Quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos.

Passaremos agora para o segundo ponto de estudo em que será abordado o direito fundamental-social, saúde e consequentemente o acesso a medicamentos.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

O Estado Democrático de Direito se assenta em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais sociais, e não há direitos fundamentais sociais sem democracia. Há, assim, uma copertença entre ambos. O contemporâneo constitucionalismo pensou necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais, previstos nas Constituições.

O sistema jurídico como um todo e inclusive o exercício dos direitos e deveres inerentes à propriedade, seja ela material ou imaterial, assim como aqueles

inerentes à saúde estão submetidos à disciplina normativa da Constituição.

A Constituição Federal elegeu a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art 1º, II da CRFB/88), reservando aos entes autônomos da federação a competência para cuidar da saúde: "É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência" (art 23, II, CRFB/88).

A mesma revela que construir uma sociedade livre, justa e solidária é, também, um dos seus objetivos fundamentais. Diante disso não se pode negar que as políticas públicas devem ter sempre como apanágio o princípio da solidariedade.

No capítulo relativo à Ordem Social, o direito de todos à saúde è tratado de forma específica com diretrizes e políticas essenciais à área da saúde.

Sendo certo que a Constituição Federal reflete um dado momento histórico, não menos verdade é que sempre busca sua conformação na realidade política, social, econômica e cultural revelada pela sociedade. A Constituição por estar condicionada a realidade histórica, não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade, dentro desse contexto é que qualquer ordenamento jurídico tem significação, visto que examinado de maneira estanque não retrata a exata percepção de seu sentido normativo.

A visão de certa doutrina de que a Constituição é destituída de caráter impositivo, é improsperável, eis que não configura tão somente uma promessa de garantia de direitos e da disciplina das funções do Estado, pois sua força normativa expande-se aos terrenos da ordem econômica e social. Não é um amontoado de princípios e normas.

Segundo Canotilho:

> Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios, cuja eficácia era a de simples diretivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, vincula atividade e atualidade das normas constitucionais.

Sendo assim, partindo da premissa de que todo conteúdo normativo tem eficácia, pode-se afirmar que os dispositivos constitucionais sociais não são meras diretrizes de caráter facultativo, pois, se assim fosse, descaracterizariam a natureza coercitiva de regra jurídica como elemento intrínseco de sua estrutura material. Daí por que seus comandos devem cumprir o fundamento maior que encerra seu enunciado, vinculando o Governo e a sociedade.

Para Ferrari:

> Uma das características das normas programáticas é o fato de que são dotadas de imperatividade suprema frente ao ordenamento jurídico, que compartilham da mesma hierarquia, pois que todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano, de tal modo que as normas infraconstitucionais que com ela conflitem, quando posteriores, padecem de invalidade ou inconstitucionalidade, quando anteriores, são automaticamente revogadas.

Para Lyard, ”nenhuma norma infraconstitucional pode afrontar, impedir ou dificultar o exercício do direito à saúde. Entenda-se aqui, incluídas as disposições constantes de tratados e acordos internacionais aprovados e ratificados pelo Brasil”.

Segundo Carvalho

> Independente de normas programáticas, necessário reconhecer que o § 1º do artigo 5º não pode ser ignorado ou reduzido diante de argumentos outros como a questão orçamentária, diante do fato de que os direitos fundamentais possuem, relativamente a outras normas, maior aplicabilidade e eficácia, diante da sua relevância ao sistema normativo. Isso é, aplica-se ao direito à saúde o regime jurídico dos direitos fundamentais.

ESPECIFICAMENTE COM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE, SARLET VAI DIZER,

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os eventuais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana.

O STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 242.859, DE 29 DE JUNHO DE 1999 ENTENDEU:

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.(relator: ILMAR GALVÃO)

Segundo Streck,

> Não é relevante discutir se o direito à saúde é ou não fundamental. É evidente que é. Habermasiamente falando, isso é indiscutível. Entrar nesse tipo de discussão é confundir a perspectiva hermenêutica própria do processo jurisdicional com a do processo legislativo (constituinte). É despiciendo justificar o caráter constitucional do direito à saúde. Como o direito é um saber prático, o importante é discutir as condições para o provimento ou não do pedido.

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovam, protegem e recuperam (arts 196 e 197 da CRFB/88), ficando inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, a que cabe executá-los diretamente, ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, uma de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado (ou terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas. Como se pode ver do enunciado do artigo 196 da CRFB/88, trata-se de um direito positivo que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas.

Em suma, no Brasil a saúde é naturalmente pública, uma vez que é responsabilidade do Estado, ainda que possa ser explorada pela iniciativa privada sob regulamento e fiscalização do ente estatal. Isto porque saúde

no Brasil é tema de política pública, na esfera preventiva e incidental, restando á iniciativa privada tão somente exercer a atividade como alternativa à prestação estatal. Nas palavras de Guise "Na prática, o que o governo busca, quando elabora e realiza políticas de saúde pública é a contenção e prevenção de doenças"

O Sistema Único de Saúde (SUS) constitui o meio através do qual o Poder Público cumpre o seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade. É também por meio dele que o poder público desenvolve uma série de atividades de controle de substâncias de interesse para a saúde e outras destinadas ao aperfeiçoamento das prestações sanitárias. O sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Organização Mundial de Saúde ampliou o conceito de saúde, além de preventivo, incidental e público, não se relaciona exclusivamente à existência de doenças, mas à vida e, automaticamente, à democracia, igualdade, respeito ecológico, desenvolvimento tecnológico, dentre outros. Assim, a boa qualidade de vida não está apenas vinculada a questões médicas, mas também à moradia, educação, meio ambiente, proteção da família, do trabalhador, morte digna, informação, não ter fome, assistência social, segurança e outros que venham a surgir, visto que não são taxativos, mas apenas enumerativos e progressivos.

Outrossim, a Lei 8.080 de 19. 09.1990 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, indica como fatores determinantes e condicionantes da saúde: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer, o acesso a bens e serviços essenciais, bem como, o bem estar físico, mental e social. Verifica-se que o conceito de saúde vai além da ausência de doenças e outros agravos, ele também abarca condições de vida que pos-

sibilitem o bem estar (físico, mental e social) do cidadão.

Assim, é possível afirmar que o conceito legal de saúde no Brasil pode ser compreendido como o direito do indivíduo e o dever do Estado de garantir, além da ausência de doenças, condições de vida que possibilitem seu bem estar.

A definição de saúde da OMS, é seguida pelo conceito brasileiro, como pode ser observado, gerando controvérsias devido ao seu caráter idealista. Identificar saúde como "*um estado de completo bem estar físico, mental e social*" é, pragmaticamente falando, irreal, uma vez que o conceito de bem estar é extremamente abstrato, inexistindo critérios definidos que possam a ele ser aplicados. Porém, importante ressaltar que a saúde, independentemente de qualquer definição que lhe possa ser atribuída, é produto de condições objetivas de existência, resultando das condições de vida do homem. Conceitos como saúde, doença e bem estar variam no espaço e no tempo, a cada cultura e a cada época.

Contemporânea à definição de saúde da OMS, encontra-se a definição segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem que também se encontra atrelada a fatores condicionantes do bem estar, não podendo deste ser dissociada.

Encontramos no prisma social, o aspecto dinâmico da dignidade porque as condições de bem estar social modificam-se, em parte de acordo com o contexto cultural e também na perspectiva temporal. Por outro lado, a aspecto social também traz o necessário vínculo e conexão com o mínimo existencial e isso pressupõe uma pretensão jurídica material por parte do indivíduo. Esse mínimo existencial se refere ao conteúdo básico dos direitos sociais e, preponderantemente, a prestações positivas do Estado para com os indivíduos e sociedade. Identificam-se como todos os direitos necessários para que as pessoas possam usufruir de uma existência digna, não podendo estar reduzida à mera existência.

Aceitando o fato de que as políticas de saúde públi-

ca buscam atingir objetivos mais efetivos do que ideais, para que sejam eficazes, elas devem, entre outras coisas, permitir que a população tenha acesso a medicamentos, o que torna clara a presença do Judiciário na cena política. Porém a grande questão está em saber se os Tribunais podem ou não condenar o Estado a fornecer gratuitamente a um dado doente, certo medicamento, meio de diagnóstico ou tratamento, ou seja, como e em que medida o direito à saúde se traduz num direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

3 A JUDICIALIZAÇÃO NO ACESSO A MEDICAMENTOS

É possível verificar, de forma habitual, o ajuizamento de ações, em face do Estado, para o fornecimento de medicamentos de alto custo àqueles que demonstram não ter condições de arcar com estes valores. A argumentação de tais ações perpassa pelo direito à vida e sua dignidade, à saúde e função social da propriedade industrial.

Como consequência de tais demandas, há sentenças determinando, sob pena de multas diárias, a concessão dos medicamentos pleiteados. Ocorre que tais decisões contemplam apenas uma pequena parcela da população, *a qual bate às portas do Judiciário* que acaba por atender apenas algumas pessoas, de maneira não democrática e pontual.

Colaciona-se ementa oriunda do Rio Grande do Sul:

> AGRAVO INTERNO MANEJADO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE DEU PROVIMENTO LIMINAR AO AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTERIORMENTE INTERPOSTO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVIMENTO LIMINAR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, QUE SE IMPUNHA, NA FORMA DO QUE SE DISPÕE O ART

> 557, § 1º - A DO CPC,
> Quando a matéria estiver pacificada na Câmara, perfeitamente aplicável a regra do art 557, caput e § 1º do CPC. Precedente do STJ. É dever e responsabilidade da União, Estados e Municípios, por força de disposição constitucional e infraconstitucional, o fornecimento de medicamentos, assim como, quando indispensável, a internação hospitalar, indispensáveis à saúde e a própria vida do autor. O direito à saúde, pela nova ordem constitucional, foi elevado ao nível dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo direito de todos e dever da União, Estados e Municípios. Aplicabilidade imediata dos princípios e normas que regem a matéria. Relação entre o custo da medicação e renda do autor que leva ao deferimento da medida.
> AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO
> Primeira Câmera Cível. Agravo Interno nº 70018149708. Estado do Rio Grande do Sul. Comarca de Porto Alegre. Agravante Estado do Rio Grande do Sul. Agravado Manoel Procópio de Resende.

Os direitos fundamentais à vida e a saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado de Direito Democrático, que reserva especial proteção à dignidade humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

E é por isso que em relação ao acesso à saúde (medicamentos, diagnósticos, tratamentos, etc...), o STF tem defendido a tese de que cabe na competência do Poder Judiciário evitar que omissões do poder político façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição, chamando, assim, a si, novas competências, por um processo cujos efeitos são ampliados pelo instituto das súmulas vinculantes, que permite ao STF transformar suas decisões em verdadeiras normas cons-

titucionais, que devem ser cumpridas por todos os juízes e tribunais brasileiros enquanto o STF não as revogar.

Streck faz uma crítica às súmulas, segundo ele "As súmulas são uma espécie de adiantamento de sentido ou uma cautelar hermenêutica com efeito satisfativo. Elas são aplicadas independentemente das peculiaridades do caso concreto".

Por mais, humano que possa parecer, não consiste em um caminho que fortaleça a cidadania e a democracia, uma vez que o Poder Judiciário não pode exercer funções e tomar decisões que não cabem nas suas competências constitucionais, violando, assim, a separação dos poderes. Para Streck "O Poder Judiciário não pode se substituir aos demais poderes e realizar políticas públicas"

É certo, que cabe ao Poder Judiciário, a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e a efetivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos, devendo estes prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico, inclusive sobre critérios de conveniência e oportunidade da administração pública e da teoria da reserva do possível.

O direito à saúde é um direito coletivo, um direito de todos ao acesso universal e igualitário às prestações dos serviços de saúde, um direito que o Estado deve garantir através de políticas públicas sociais e econômicas, e não apenas através do tratamento na doença e da entrega de medicamentos, mas antes, prioritariamente, através de medidas que visam à redução do risco de doença.

Os recursos financeiros afetados à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais hão de ser distribuídos de modo a atender a cada um dos vários direitos (saúde, educação, trabalho, habitação, etc...) e esta distribuição encontra-se no terreno das escolhas políticas que não cabem na competência dos tribunais. Nenhum país dispõe de recursos financeiros para satisfazer todas as necessidades de saúde de todas as pessoas.

Ocorre que as decisões do Poder Judiciário que concedem direitos à saúde de forma individual acabam por

afrontar a organização orçamentária para a saúde e o princípio da separação dos poderes, a qual consiste em cláusula pétrea. Outrossim, perpetram solução pontual em um determinado caso concreto, de maneira não democrática.

Em outras palavras, quando o STF concebe o direito à saúde como um direito individual, cujo cumprimento pode ser exigido diretamente através de uma ação judicial, na expressão de Scaff, "aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual".

O que se deve dar é prioridade às despesas com a saúde comunitária através de políticas públicas seriamente estruturadas e programadas e não privilegiar despesas com tratamentos e medicamentos que satisfaçam necessidades individuais de determinados doentes (ainda mais se estes forem apenas uma escassa minoria que tem condições para ir ao tribunal exigir a sua satisfação), como tem feito o Judiciário.

Cabe ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida, mas também a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental oi não). Negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência pode significar em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc... Assim cabe ao Estado Social prever as condições existenciais mínimas ao cidadão. O argumento da falta de recursos ou da reserva do possível não pode ser utilizado como um argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

O que não se pode esquecer é que nem a previsão de direitos sociais na Constituição, nem sua positivação na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o

suficiente instrumental para a sua concretização, assim como a efetiva implantação dos direitos sociais a prestações não pode ficar na dependência exclusiva dos órgãos judiciais, por mais que estes cumpram destacado papel nesta esfera.

O Poder Judiciário não apenas pode como deve zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes. O STF defende que a intervenção dos tribunais nestas questões sempre decorrerá, do ponto de vista da separação dos poderes, numa linha de fronteira muito difícil de definir.

Porém, para Streck,

> No Brasil, a questão é bem mais complexa, até pela previsão de direitos sociais no texto constitucional. O problema, portanto, não reside na mera concessão de liminares na área da saúde ou na educação, para citar dois delicados campos sociais. Essa questão se complexou no momento em que os juízes confundiram judicialização com ativismo, optando pelo segundo. Com isso, O Estado deixou de elaborar políticas públicas para atender – por vezes "comodamente" – as determinações judiciais, o que enfraquece a cidadania.

Mais uma vez, há de se destacar que o direito á saúde está inserida na esfera política. Segundo Sarlet "Um planejamento político-administrativo constitui condição procedimental e organizacional para a eficácia e efetivi-

dade dos direitos fundamentais sociais".

Fere a organização orçamentária quando o Judiciário obriga o Estado a aplicar recursos em um dado medicamento, inclusive de alto custo, em detrimento da compra de outros remédios essenciais, ou seja, as decisões judiciais concessivas fulminam recursos que tinham endereço certo. Ao serem modificadas as alocações de recursos, altera-se todo o planejamento estatal para a saúde, o qual reflete o plano plurianual, as leis de diretrizes, direcionamentos ideológicos eleitos pelos cidadãos e acaba por comprometer o próprio Sistema Único de Saúde (SUS).

O próprio STF tem reconhecido a necessidade de redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, e parece aceitar que o Poder Judiciário não pode interferir na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde.

Em atenção a todas essas questões, já é possível verificar decisões negativas em demandas que pleiteiam medicamentos para casos pontuais.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO, CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DIREITO À PRESTAÇÃO POSITIVA. COLISÃO DE PRINCÍPIOS. RESERVA DO POSSÍVEL. O fornecimento de medicação ou tratamento médico é excepcional a pacientes sem meios econômicos para a aquisição com recursos próprios. Trata-se de direito à vida e à saúde, garantia constitucional e dever do Estado. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público os medicamentos necessários. Entretanto, o direito fundamental à saúde, por se tratar de um direito à prestação positiva, encontra limite no princípio da reserva do possível, devendo a

> sua consecução respeitar as condições do ente público de realizá-la dentro das suas possibilidades orçamentárias, cortejados os iguais direitos da mesma natureza. Tratando-se de pedido de custeio de cirurgia para colocação de implante de estimulador cerebral (no valor de R$ 97.650,00), embora não reste dúvida quanto à necessidade da realização do ato cirúrgico, uma vez documentalmente comprovada a enfermidade do agravante, não merece concessão à tutela pretendida, diante do elevadíssimo custo do equipamento postulado, sob pena de inviabilizar a prestação do serviço de saúde aos demais usuários do sistema, em especial aquelas hipóteses que apresentam maior urgência [...]. Agravo desprovido por maioria.
> Agravo de Instrumento nº 70018995712. Segunda Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Agravante: Valdomiro Dias Pimentel. Agravado: Município de Porto Alegre.

Em suma, pode-se depreender desta decisão, que a concessão de medicamentos através de decisões pontuais, em uma política de justiça no caso concreto, enfrenta uma série de problemas, remetendo à legitimação do Poder Judiciário, e desembocando na ineficiência, no momento que atende um cidadão em detrimento dos demais. Fere a noção de sociabilidade.

De acordo com Valle, no STF assim como no STJ a discussão do tema das políticas públicas no segmento de saúde se vem sedimentando, com a incorporação da dimensão coletiva – seja pelo enunciado das decisões mais recentes, seja pela abertura a uma maior participação da sociedade em tema que lhe diz de perto.

Por fim, os direitos sociais, econômicos e culturais são direitos coletivos, pelo que a sua efetiva satisfação não pode conseguir-se corretamente através de medidas

avulsas de juízes que decidem, caso a caso, se este ou aquele doente tem direito a este remédio ou a esta intervenção cirúrgica. Outrossim, ainda existe a questão do acesso à justiça, ou seja, a grande maioria dos necessitados não tem acesso a um tribunal. Neste contexto, o recurso aos tribunais para fazer valer o direito à saúde ou qualquer outro direito social não só não tornará esses direitos efetivos para todos, como acentuará as desigualdades e injustiças no acesso a eles.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a concretização do direito à saúde está sempre dependente de escolhas políticas quanto à efetivação dos recursos financeiros. E como essas escolhas políticas têm tradução nos orçamentos propostos pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo, não se vê como podem os tribunais averiguar se há ou não incumprimento da Constituição Federal, com base no qual o STF pretende legitimar a intervenção do Poder Judiciário, que se proclama responsável por tornar realidade todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Não parece ser aceitável que as opções políticas do Legislativo possam ser substituídas pelas opções políticas do juiz, que decidem caso a caso, o que só contribui para desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar as desigualdades no acesso a eles.

Os direitos sociais são direitos coletivos, ou seja, devem ser garantidos em benefício de todos e nas mesmas condições para todos. O recurso aos tribunais para fazer valer o direito à saúde ou qualquer outro direito social não só não tornará esses direitos efetivos para todos, como acentuará as desigualdades no acesso a eles, até porque a grande maioria dos necessitados não tem acesso a um tribunal.

Os Tribunais devem velar para que diploma legal venha destruir as características de universalidade, generalidade e gratuidade dos serviços nacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Licença Compulsória de Medicamentos: o direito de patente e o direito social fundamental à saúde*. Revista ABPI, nº 106 – mai/jun, 2010.

CANOTILHO, JJ Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

CARVALHO, Patrícia Luciane de, *Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos*, São Paulo: Editora Atlas, 2007.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. *O Acesso a Medicamentos e as Patentes Farmacêuticas Junto à Ordem Jurídica Brasileira*. Revista ABPI, nº 88, mai/jun 2007.

DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ªed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. *A Função Social das Patentes de Medicamentos*. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

GUISE, Mônica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

LYARD, Maria Alice Paim. *Patentes de Medicamentos: Questões Atuais*. Revista da ABPI, nº 82, mai/jun 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Direito Fundamental à Saúde*, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de Direito Constitucional 2*, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NUNES, Antonio Jose Avelãs. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Revista Juris Poiesis, ano 14, nº14, jan-dez.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Judicialização não é Sinônimo de Ativismo Judicial*. 1 de dezembro de 2012. http//www.conjur.com.br. Acesso em 09/09/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SCAFF, Fernando. *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 51, 2007, p.92

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso, 4ªed, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência? 4ªed*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Seminário Internacional Direitos Fundamentais no Estado Socioambiental*. 16 de setembro de 2013. http//www.amp-rs.jusbrasil.com.br. Acesso em 16/09/2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O Ativismo Judicial Existe ou é Imaginação de Alguns?* 13 de julho de 2013. http//www.Conjur.com.br. Acesso em 17/09/2013

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VIANNA, L.J.W; BURGOS, Marcelo Baumann; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Resende de. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil, 1ª ed*. Rio de Janeiro: Revan,1999.