



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Judicialização de Políticas Públicas de Saúde: fornecimento de medicamentos.

Natasha Bruna Moura de Carvalho

Rio de Janeiro
2015

NATASHA BRUNA MOURA DE CARVALHO

Judicialização de Políticas Públicas de Saúde: fornecimento de medicamentos

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Natasha Bruna Moura de Carvalho

Graduada pela Universidade Castelo Branco - UCB. Advogada atuante na Cedae – Companhia Estadual de Águas e Esgotos.

Resumo: É possível notar atualmente forte tendência da sociedade brasileira em buscar o poder judiciário para proporcionar direitos que deveriam ter sido prestados pelos demais poderes. Essa procura vem refletindo em uma mudança no modelo clássico de separação de poderes. É possível notar que os cidadãos demonstram um descrédito cada vez maior pelos Poderes Legislativo e Executivo, e veem no Poder Judiciário aquele que, apesar dos problemas, ainda é capaz de proporcionar, com grau de imparcialidade, certa confiança à população. Neste contexto, as omissões quanto à adoção de políticas públicas por parte da Administração Pública tornam-se constantes e afrontam, inúmeras vezes, à dignidade da pessoa humana, valor no qual se funda o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Assim, o presente trabalho visa a apresentar as principais consequências desta forma de atuação reiterada do Poder Judiciário, com uma visão clara dos prejuízos e benefícios desta promoção de políticas públicas de saúde na esfera de entrega de medicamentos. Visa-se trazer aspectos limitadores do controle judicial de tais políticas públicas, verificando até que ponto o referido controle respeita a discricionariedade administrativa e a “reserva do possível” ou afeta organização administrativa, para, assim, ser possível a análise de possíveis meios de controle dos pontos de incoerência.

Palavras-chave: Saúde. Judicialização. Política. Omissão. Limites ao Controle Judicial de Políticas Públicas. Separação de Poderes.

Sumário: Introdução. 1. Constitucionalismo, Democracia e o papel do Judiciário 2.O direito aos Medicamentos no Brasil: Constituição, legislação Infraconstitucional e a política de distribuição de medicamentos. 3. Interferência do Poder Judiciário em relação à saúde e o fornecimento gratuito de medicamentos. 4. Possibilidade de padronização na atuação judicial no fornecimento de Medicamentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira contemporânea vivencia um quadro de crescente descrédito nos Poderes Executivo e Legislativo, que desenvolveu nos últimos tempos

fenômeno onde o Poder Judiciário é erigido ao status de verdadeiro garantidor de soluções ao atendimento dos anseios sociais. Cada vez mais o Poder Judiciário é instado a decidir sobre questões sociais que configuram direitos de todos os cidadãos e não vem sendo satisfatoriamente atendidas por aqueles que têm o dever constitucional de proporcioná-los.

A presente pesquisa científica discute as consequências desta excessiva judicialização de políticas públicas, especificamente no âmbito da crescente atuação do judiciário na entrega de medicamentos à população que não é atendida pelos programas de Saúde existentes.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de não somente trazer uma visão ampla e posicionamento atual da jurisprudência, mas também uma visão crítica dos leitores a respeito das problemáticas desta atuação.

É sabido que cabe ao Estado estabelecer mecanismos de concretização e proteção dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Entretanto, a doutrina positivista só concebe direito, de fato, se houver a possibilidade de exigir o seu cumprimento, coercitivamente, pelo Estado.

No que toca especificamente ao tema discutido, distribuição de medicamentos, a competência da União, Estado e Municípios não está não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências neste âmbito apenas vem esboçada atos administrativos federais, estaduais e municipais diversos, o que tem revelado forte atuação judicial na implementação destes direitos. O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário vem progressivamente atendendo a demandas da sociedade que não foram satisfeitas pelo parlamento, mas por outro lado inúmeras críticas se insurgem diante desta atuação cada vez mais recorrente.

Crítica comumente oposta à jurisprudência brasileira se assenta circunstância de que a norma constitucional aplicável está positivada na forma de norma programática. Uma outra vertente crítica destaca a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Impugnação com forte apelo formulada na matéria, ainda, diz respeito à questão de recorrente discussão doutrinária sobre a legitimidade democrática e a suposta impropriedade de se retirar dos poderes legitimados, já que escolhidos pelo voto popular, a prerrogativa de decidir como devem ser organizados e gastos recursos públicos. Outra forte crítica apontada é financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”. E, por fim, mais recentemente, vem se levantando o argumento de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública, impossibilitando o planejamento de programas.

Nesse sentido, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes.

Por todo o exposto, pretende-se levantar no presente estudo algumas questões norteadoras para facilitar a compreensão geral do tema proposto. Primeiramente, pretende-se arguir, se são direta e imediatamente exigíveis os direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – quando criados pela Constituição Federal.

Em seguida, discute-se, se são insuficientes – ao menos do ponto de vista normativo – a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo no que toca à entrega de medicamentos para a população, para assim avaliar, no terceiro capítulo, se o Poder Judiciário tem desenvolvido este papel de judicialização, em respeito ao conjunto de opções legislativas firmadas, no que tange a matéria, pelos órgãos institucionais competentes.

Por fim, pretende-se concluir o presente estudo, com a discussão sobre o abalo da efetividade dessas políticas públicas de saúde pela atuação excessiva do judiciário, trazendo possíveis formas de padronização desta atuação.

Em suma, dentre os direitos sociais, visa-se discutir tais implementações jurisdicionais de direito à saúde. Quer seja porque é um dos mais recorrentes no Judiciário, quer seja por ser decorrente do direito fundamental à vida, ou ainda, por entendê-lo como pressuposto para o desenvolvimento pleno dos demais direitos sociais.

Procura-se, portanto, levantar as principais críticas citadas, suas implicações na sociedade, e despertar melhores opções de atuação neste âmbito, a fim de promover a adequada efetivação de tais medidas de saúde, de entrega de medicamentos, para o Estado Democrático de Direito.

1. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO.

Nos últimos anos, se pôde observar claramente no Brasil uma maior atuação dos Tribunais acerca da efetivação dos preceitos constitucionais. Exemplo expressivo dessa revolução é a jurisprudência atual acerca do direito aos serviços de saúde e, principalmente, da entrega de medicamentos.

Com isso, constata-se que a Constituição deixa de ser vista como mero documento de convocação de atuação dos poderes Executivo e Legislativo, e passa a ser vista como instrumento de atuação direta e efetiva do Poder Judiciário. Direitos constitucionais assegurados, notadamente os direitos sociais, atualmente, se convertem em direito subjetivos plenos da sociedade a serem aplicados de forma imediata por juízes e Tribunais.

Conforme artigo 1º da Constituição Brasileira¹: “Todo poder emana do povo”. Esta expressão que revela a ideia de soberania popular do Estado Democrático de Direito, é contraposta pelo constitucionalismo, que sinaliza, em essência, a limitação do poder e supremacia da lei. Desta feita, podem, neste ponto, ocorrer conflitos.

Não obstante, o princípio democrático, configurado quando do sistema representativo, permite que, periodicamente, o povo atue na deflagração de sua vontade por meio de seus representantes. Sendo assim, a ideia de governo do povo e da maioria se realiza, principalmente, pela atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, aos quais competem a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, como no âmbito da saúde, segurança, educação e etc.

O Estado Constitucional, por sua vez, se pode, na busca por sua essência, traduzir pela gravitação em torno da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, em relação aos estes últimos revelando como direção a liberdade, a igualdade, o mínimo existencial. Têm assim, os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – o dever de realizá-los, na maior extensão possível.

Sendo assim, o constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. A democracia, em soberania popular. Ocorrendo violação de direitos fundamentais pela maioria política caberá ao Judiciário agir.

Neste contexto, desenvolveu-se no Brasil um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade², como reconhecimento de uma grande conquista no Constitucionalismo brasileiro: a força normativa das normas constitucionais. Tal fenômeno, reconhecido como constitucionalização do Direito, tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal/a-constituicao-federal>>. Acesso em: 20 out. 2014.

²BARROSO, Luís Roberto, *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03>. Acesso em: 20 out. 2014.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.³

À luz de tais premissas, a interpretação das normas deve ser sempre realizada conforme a constituição, em aplicação direta - quando a pretensão é fundada em norma constitucional – e indireta, quando a pretensão tiver base em norma infraconstitucional.

O constitucionalismo democrático foi, portanto, a ideologia vitoriosa do século XX, pois busca combinar Estado de direito e a soberania popular.

Tal doutrina, entretanto, foi ainda de grande importância em outro sentido. Buscou-se superar algumas disfunções enraizadas na formação nacional, no que tange à normatividade constitucional, eis que a Constituição passa a ser vista, não como mera ideologia, mas como normas aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Em consequência dessa nova ideologia, sempre que violada norma mandamental Constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos, e, sendo assim, a omissão, na mesma medida em que a ação será forma de descumprimento de seu conteúdo.

Neste sentido, a referida doutrina promoveu três grandes mudanças de paradigma no direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Sob o aspecto científico, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, afastando-se do anterior discurso meramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto

³BARROSO, Luís Roberto, *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 20 out. 2014.

institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, pela maior amplitude dada ao papel assumido na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

Por todo o exposto, podemos concluir que a Constituição define um direito fundamental e ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial e em via de consequência o Poder Judiciário passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

A doutrina da efetividade utilizou-se, conforme exposto, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e conseqüentemente parte de um critério formal para estabelecer a exigibilidade destes direitos. Estando a norma constitucional deve ser cumprida, e pode ser exigida efetivamente.

O Judiciário, conforme se conclui, poderá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, mormente se alguém tiver seu mínimo existencial sendo violado. Se, de outro lado, o legislador tiver feito escolhas legais, de acordo com as colisões de direitos e em observância aos princípios, o Judiciário deverá se abster de intervir-las, em respeito ao Princípio Democrático.

Se um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou com princípios constitucionais, deverá ser aplicado com a maior amplitude possível, obedecendo à razoabilidade, caso a caso, e observando o contexto fático e jurídico, preservando-se, contudo, o seu núcleo essencial.

Desta forma, grande importância tem a aplicação de normas constitucionais pelo judiciário no que tange às políticas públicas de saúde, por representarem uma gama de direitos essenciais e devem ser, portanto, minimamente garantidas.

2. O DIREITO AOS MEDICAMENTOS NO BRASIL: CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

Conforme já exposto, no Brasil, o assunto da distribuição de competências entre a União, Estados e Municípios no que tange a distribuição de medicamentos não veio explicitada na Constituição nem em Lei. Tais critérios de repartição somente estão dispersos em atos Administrativos dos Entes Federativos.

Pode-se destacar neste aspecto a Portaria⁴ nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. A referida portaria estabelece a Política Nacional de Medicamentos.

Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos impõe o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos, de modo que os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

Com efeito, cabe ao gestor federal a formulação da Política Nacional de Medicamentos, que inclui a elaboração do RENAME - Relação Nacional de Medicamento⁵. Ao Município cabe definir a relação municipal de medicamentos

⁴BRASIL. Portaria nº 3.916/98, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=283>> Acesso em: 20 jan. 2015.

⁵A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) é uma lista de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira. Deve ser um instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no SUS. Relação de medicamentos essenciais é uma das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos. Foi adotada há mais de 25 anos, em 1978, pela OMS e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros. Esta Relação é constantemente revisada e atualizada pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação (Comare), instituída pela Portaria GM no. 1.254/2005, e composta por órgãos do governo, incluindo instâncias gestoras do SUS, universidades, entidades de representação de profissionais da saúde. O CFF é um das entidades-membro desta Comissão, sendo representado por

essenciais, com base na RENAME. A União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se, sobretudo, da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, conforme se depreende das Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006⁶, e nº 1.321, de 5 de junho de 2007⁷. Por fim, cabe ao gestor estadual definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional.

Conforme o exposto, constata-se que não se encontram inertes os Poderes Legislativo e Executivo, em relação às referidas políticas públicas de Saúde de distribuição de Medicamentos, no que tange ao arcabouço normativo de implementação.

Deve-se, assim, presumir que tais listas elaboradas levam em consideração a necessidades básicas da população bem como as possibilidades financeiras existentes, a fim de que se respeite o sistema Democrático e de Separação de Poderes pelo qual é regido o Estado. Passemos, então, a análise crítica do papel desempenhado pela jurisprudência no que tange a atuação frente a tais demandas.

3. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE E O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS

Uma das maiores críticas à intervenção judicial na garantia de direitos sociais efetivos à população, comumente ouvida, está baseada na violação do princípio da

técnicos do Cebrim/CFF, o qual participa ativamente do processo de revisão da RENAME desde 2001. A última atualização da RENAME foi publicada em 2010 e está disponível no sítio do Ministério da Saúde www.saude.gov.br. BRASIL.

Portaria GM nº. 1.254 DE 05 de Maio de 2005. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>> Acesso em: 20 jan. 2015.

⁶ BRASIL. Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em: 20 jan. 2015.

⁷ BRASIL. Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em: 20 jan. 2015.

“Separação dos Poderes”, visto que tais direitos consubstanciam-se basicamente em locações orçamentárias.

Observa-se no Brasil, larga oposição ao controle judicial do mérito administrativo, e na atuação discricionária. É pacífico o entendimento de ser somente possível ao judiciário intervir no ato que viola a legalidade.

Assim, para se refletir na realidade fática, aquilo que o legislador definiu como dever social de um Estado Democrático, necessário se faz a reanálise de antigos dogmas, em razão de uma adequação necessária às novas condições do Estado Social moderno.

Neste sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha⁸ trata do princípio da juridicidade, ressaltando sua importância para se atingir à justiça material:

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de "legalidade administrativa" e, agora, mais propriamente rotulada de "juridicidade administrativa", adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.

O papel do Poder Judiciário, conforme se expõe, é interpretar a Constituição e as leis, assegurando o respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos postos. A respeito do assunto, bem sintetiza o professor Willis Santiago Guerra Filho⁹:

A entrada em vigor de uma Carta constitucional no Brasil em outubro de 1988 representa um sério desafio para os estudiosos do Direito em nosso país, pois traz consigo um imperativo de renovação da ordem jurídica nacional, por ser totalmente nova a base sobre a qual ela se assenta. Tem-se, portanto, de reinterpretar o Direito pátrio como um todo, à luz da “Constituição da República Federativa do Brasil”, o que pressupõe uma atividade interpretativa da própria Lei Fundamental. O objetivo último das pesquisas de base que se precisa agora realizar seria o de fornecer subsídios teóricos para auxiliar a tarefa de interpretar (e concretizar) a Constituição, partindo do pressuposto de que se trata de um tipo de interpretação dotado de características e peculiaridades que o distinguem claramente da inteligência de normas infraconstitucionais.

⁸ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.79-80.

⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009, p. 91.

Assim, trata-se de tema delicado, com vistas à correta interpretação a ser dada à Constituição Federal. Neste sentido bem coloca, ainda, Luiz Roberto Barroso¹⁰:

O tema versado no presente estudo envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Disso resultam duas conseqüências relevantes. A primeira: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. Em segundo lugar, podem eles entrar em rota de colisão entre si. A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

Em conclusão, quer se ressaltar que, ressalvadas as exposições acima, a atividade jurisdicional deverá ter harmonia com as opções legislativas e administrativas, em relação à matéria, pelos poderes administrativos competentes. Com base na atual e majoritária visão doutrinária e jurisprudencial: havendo lei ou ato administrativo que implementem a Constituição e sendo estes regularmente aplicados, deve se abster o judiciário de agir. Entretanto, observando - se a ausência de leis ou ações por parte dos órgãos administrativos competentes poderá haver interferência judicial.

4. POSSIBILIDADE DE PADRONIZAÇÃO NA ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO

Com toda a divergência exposta, que circunda o tema de fornecimento de medicamentos, se faz necessário pensar em padronização ou uniformização da atuação do judiciário, a fim de manter a segurança jurídica e a igualdade na prestação jurisdicional.

Dessa feita, inicialmente é possível considerar algumas formas de padronização trazidas em estudo de Luiz Roberto Barroso, que se revela de uma solução bastante eficaz em relação a maioria das críticas que se apontam nesta seara.

¹⁰BARROSO, Luís Roberto, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso>>. Acesso em: 20 out. 2014.

Em primeiro lugar, com intuito de melhor organizar tal atuação, é possível dividir tais parâmetros em dois âmbitos: os pedidos em ações individuais e aqueles realizados em ações coletivas.

No âmbito das ações individuais um parâmetro sugerido por Luiz Roberto Barroso¹¹ é que: nessas ações deve-se limitar a atuação jurisdicional a assegurar o fornecimento dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. Tal parâmetro apontado se deve ao respeito às opções administrativas e legislativas dos demais Entes Federativos, refletida nas listas de Medicamentos elaboradas para tanto.

Tenta-se, em suma, com esse primeiro parâmetro adequar a prestação jurisdicional a uma postura que se harmonize com a atuação dos demais entes, e neste sentido, anular críticas como interferência no Processo Democrático constituído. Isso se dá em função da constatação de que os recursos necessários ao custeio dos medicamentos decorrem, em verdade, do próprio povo pelo pagamento de tributos e, sendo assim, o povo deve decidir sobre sua distribuição, que se faz em última análise pela escolha de seus representantes.

Esse parâmetro foi adotado no SS 3073/RN¹², reconhecendo a necessidade de respeitar o Princípio Democrático, enfatizou a Ministra Ellen Gracie que a atuação jurisdicional não deve desconsiderar as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, sob pena de desorganizar a atuação administrativa, que refletiria em comprometimento ainda maior de tais políticas.

¹¹BARROSO, Luís Roberto, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso>>. Acesso em: 20 out. 2014.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie Presidente. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguraca-ss-3073-rn-stf>>. Acesso em: 17 out. 2014.

Essa orientação também predomina no STJ, conforme se observa em inúmeros julgados, vide¹³:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO E TRANSPORTE DE MEDICAMENTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA NA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não é possível aplicação da pena prevista ao delito de tráfico de drogas ao crime do art. 273, § 1º-B, I, do CP, porquanto as substâncias dos medicamentos encontrados não constam na lista de entorpecentes (Portaria nº 344, de 12-5-1998 da Anvisa) 2. Agravo regimental não provido.

Entretanto, para se determinar a sugestão deste primeiro parâmetro apresentado, houve uma presunção, relativa, de que as referidas listas de medicamentos estão em consonância com as necessidades apresentadas pela população, e possibilidades da administração Pública.

Ao ser levada ao judiciário, questão que envolva tal presunção, ou seja, que refute a referida lista, o judiciário pode revê-la, e motivando, poderá alterá-la se perceber grave omissão ou desvio. Nestes casos, em que se pleiteia a adequação da lista de medicamentos de determinado ente Federativo sugere-se como parâmetro o manejo deste pedido somente em ações coletivas.

Isso decorre da ideia de que, em regra, os legitimados ativos dessas ações - Ministério Público, associações - possuem maiores condições de tratar do tema com uma visão ampla e apreciação macro das tais políticas, quando necessário for revê-las no Judiciário, havendo uma discussão da correta alocação dos recursos, da definição de prioridades em caráter geral, entre outros assuntos, que em razão da urgência e limitação das ações individuais não se costuma discutir.

Mas, ainda, decorre principalmente da possibilidade proeminente de que tais decisões tomadas no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1425272 / SPAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2013/0409492-8.Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25082607/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1425272-sp-2013-0409492-8-stj>>. Acesso em: 17 out. 2014.

constitucionalidade tenham efeitos *erga omnes*, o que possibilita ao Poder Público a organização de seus recursos de forma única, desconstituindo a maioria das críticas levantadas às decisões judiciais desordenadas.

Outras questões podem ser colocadas como parâmetros de norteamento gerais nesse âmbito de decisões judiciais, como a exclusão da possibilidade de mudança da lista pra inclusão de medicamentos sem eficácia comprovada, experimentais e alternativos. Ou ainda a preferencia à medicamentos que tenham disponibilidade do país.

Ademais, deve-se, como se coloca evidente, haver nestes casos a priorização de por medicamentos genéricos (Lei nº. 6.360/76) ou aqueles de menores custos.

Outra possibilidade de parâmetro, colocada por Luiz Roberto Barroso¹⁴ neste aspecto, seria a necessidade pelo Judiciário de considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. Para tanto assim coloca o Ilustre Doutrinador:

A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevida.

Neste diapasão, se verifica ao longo da explanação, que com a referida padronização trazida pelo ilustre doutrinador Luiz Roberto Barroso, é possível harmonizar a maioria das criticas atuais da atuação excessiva do judiciário e mitigar os prejuízos elencados desta forte atuação, promovendo justiça, entretanto, mantendo-se o necessário equilíbrio de atuação das três esferas de Poder.

¹⁴BARROSO. Luis Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito á saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CONCLUSÃO

Como se pôde observar ao longo do presente estudo, a discussão sobre a concretização dos referidos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário abarca muitas questões divergentes na doutrina, e muito mais consequências positivas e negativas do que possa a um primeiro momento parecer. A questão não deve residir, apenas no fato de se saber se os juízes tem ou não legitimidade para proferir tais decisões, ou se há ou não violação da separação dos Poderes e de sua harmonia. Trata-se como visto, de tema muito mais denso e polêmico.

Aprofundando o estudo e ampliando a visão crítica o que se pôde perceber é que, na verdade, essa discussão revela que o Estado como um todo está doente.

A ineficiência é generalizada, e a falta de comprometimento e organização Estatal refletem na explosão de ações judiciais, que se multiplicam a cada ano nas ultimas décadas. Dessa forma, é possível reiterar a hipótese levantada ao inicio deste trabalho de existência de relação direta entre Judicialização e inoperância das políticas públicas.

A intervenção do Poder Judiciário atualmente se vê necessária, mas, melhor seria que não se necessitasse recorrer a um juízo para a efetivação de direitos sociais como o direito à saúde, tampouco, que se necessitasse estabelecer critérios e estratégias para evitar erros, abusos ou desordem quando do deferimento das tutelas.

O fenômeno da judicialização, principalmente no âmbito da saúde, é um problema que dificilmente será resolvido em curto espaço de tempo; assim, os abusos que envolvem esse fenômeno devem ser identificados e combatidos, bem como as incongruências e prejuízos que possam apresentar, sob pena de uma atuação necessária se tornar prejudicial e perigosa quando analisada por uma visão coletiva.

Por outro lado, o Poder Público pode e deve atuar por meio de suas diversas esferas governamentais, proporcionando à população, meios eficazes para que tenha acesso a diagnósticos e prevenção de doenças, além de garantir assistência clínica e hospitalar de qualidade, sem falar, é claro, no fornecimento de medicamentos adequados aos pacientes.

Os parâmetros indicados no presente estudo levam a concluir que muitos pontos devem ser abordados, e devem ser trazidos ao centro da atenção na atuação do Poder Judiciário. É legítima a discussão em torno dos impactos orçamentários que esse fenômeno de judicialização provoca, bem como a cerca dos possíveis prejuízos trazidos pela análise do tema sob o prisma puramente individual. Porém, não se pode admitir que tais argumentos impeçam o Poder Judiciário de fazer valer as normas constitucionais, destacando a saúde, de maneira acertada, como um dos cânones do direito a vida e considerando-a como um dos conteúdos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Por fim, a proposta para solução da esfinge levantada neste trabalho concentra-se na conscientização de que os agentes políticos são representantes da população que por via democrática creditaram confiança para que notassem o desenvolvimento de ações políticas voltadas para atender interesses de caráter coletivo, fazendo valer a premissa de busca ao bem-estar social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito á saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso>>. Acesso em: 20 jan. 2015

_____. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso> >. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal/a-constituicao-federal>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos - unesdoc. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Portaria nº 3.916/98, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=283>> Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Portaria GM nº. 1.254 DE 05 de Maio de 2005. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>> Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em: 20 jan. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie Presidente. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguraca-ss-3073-rn-stf>>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1425272 / SP AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0409492-8. Relator: Ministro Moura

Ribeiro. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25082607/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1425272-sp-2013-0409492-8-stj>>. Acesso em: 17 out. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6 Ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.