



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Judicialização Excessiva x Ausência de Políticas Públicas: Ponderação nas Decisões
Judiciais, Separação dos Poderes e o Direito à Saúde

Danielle Gomes Machado

Rio de Janeiro
2010

DANIELLE GOMES MACHADO

Judicialização Excessiva x Ausência de Políticas Públicas: Ponderação nas Decisões Judiciais, Separação dos Poderes e o Direito à Saúde

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Mônica Areal
Nelson Tavares
Néli Fetzner
Kátia Araújo
Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro
2010

JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA X AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PONDERAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, SEPARAÇÃO DOS PODERES E O DIREITO À SAÚDE

Danielle Gomes Machado

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: a intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas objetivando o fornecimento gratuito de medicamentos na garantia da efetivação dos direitos fundamentais à saúde contidos na Constituição Federal. Com isso, surgem de um lado decisões judiciais que extrapolam os limites da separação dos poderes, desorganizando a atividade administrativa que aloca os recursos públicos e, de outro, a inércia da Administração Pública na efetividade dos serviços públicos. A essência do trabalho é abordar essas questões, verificar qual o limite na atuação do Poder Judiciário e a necessidade dessa atuação perante a omissão do Estado.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais, Separação dos Poderes, Medicamentos.

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais e sua Proteção. 2. O Fornecimento Gratuito de Medicamentos e as Decisões Extravagantes. 3. Separação dos Poderes e Análise Jurisprudencial sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do fornecimento gratuito de medicamentos e as questões acerca da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais à saúde perante a omissão da Administração Pública em realizar com presteza os serviços públicos. Um dos objetivos do presente estudo é identificar os limites da atuação do Poder Judiciário de acordo com o princípio da separação dos Poderes.

Cumprе ressaltar que nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. Nesse sentido, as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

Entretanto, diante dessa situação o sistema passa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos, chegando-se, portanto, ao ponto crucial do debate.

Assim, o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros, considerando-se, ao final, que não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PROTEÇÃO

Salienta-se, inicialmente, que a ideia de Estado democrático de direito, consagrada no artigo 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei, enquanto que Democracia traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Assim, entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da

maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição Federal.

Nesse sentido, verifica-se que o Estado Democrático de Direito gravita em torno dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, considerados, portanto, como núcleo essencial desses direitos previstos na Carta Magna.

Necessário, portanto, discriminar que os direitos fundamentais incluem nessa concepção a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; e o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público.

Assim, cumpre ressaltar que os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Dessa forma, os direitos fundamentais, traduzindo as prerrogativas básicas de cada indivíduo componente de um Estado de Direito, estão decantados, de regra, em comandos da Constituição Federal. Sob esse aspecto, as temáticas que envolvem direitos fundamentais dizem respeito, em última análise, à força normativa da Carta Magna e, portanto, às maneiras como esta é interpretada e concretizada.

Nas palavras do ilustre mestre Luís Roberto Barroso¹:

“Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou

¹ Luís Roberto Barroso. *A doutrina brasileira da efetividade*. In: Temas de direito constitucional. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76.

a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania”.

Portanto, esse catálogo de normas eleitas por determinada sociedade como indispensáveis à promoção do ser humano, são dispositivos, no contexto da ordem constitucional brasileira, comumente, passíveis de violação. Aliás, não apenas no contexto nacional, mas quando observada a realidade sócio-econômica dos países latino-americanos, e o fato de se viver um exercício mínimo desses direitos é uma infeliz constatação a ser apresentada.

Ressalta-se ainda que o que não parece estar definido é o alcance desses direitos e o seu poder de transformar a realidade.

A discussão que tem demandado maior esforço doutrinário é saber determinar, dentro do conceito de direito fundamental, quais são os limites que cada mandamento normativo guarda em seu bojo e qual a sua efetividade.

No entanto, tentar resolver o problema, de forma a atacar a sua consequência, seria ineficaz e interminável. Aliás, é necessário perceber, *an passant*, o quanto a teoria é valiosa para o aperfeiçoamento da prática. Sem a força impulsionadora daquela, estar-se-ia a discutir questões primitivistas, pois a materialização de uma boa ideia resulta em satisfação social.

Dizer o direito no caso concreto seria, portanto, a sua função essencial. No entanto, um conceito tão propedêutico não seria capaz de dar a solução, quando se está diante do choque entre o que está posto e o que é possível, isto é, como conciliar o dever do Estado em garantir direitos fundamentais, quando a realidade é a escassez de recursos?

A ingerência constante do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas tem gerado controvérsias a respeito de sua legitimidade como definidor dessas diretrizes. Questionamentos desse tipo têm gerado discussões acirradas na doutrina brasileira, em vista da considerável expansão da jurisdição constitucional brasileira, que adentra em territórios até então isolados da atuação do Poder Público.

Assim, a jurisdição constitucional detém, dentre as suas mais dignas tarefas, o dever de proteger a Constituição e, reflexamente, os direitos fundamentais dispostos.

Para tanto, o Poder Judiciário, especialmente, guarda a função de otimizar essas relações sociais, tendo como finalidade o de pacificar os conflitos, conforme preleciona o mestre em Direito, Daniel Sarmento²:

“É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevaletentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”.

A considerável evolução das práticas decisórias por parte dos juízes brasileiros vem desconstituindo concepções tradicionalistas que há muito barraram o exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, observe-se que o órgão de maior expressão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, aos poucos aproveita as oportunidades de efetivar os direitos fundamentais, muito embora, ainda insuficiente.

Há de se ressaltar, portanto, segundo Bornholdt³, que quando o Poder Judiciário assume postura mais incisiva na defesa de direitos fundamentais, de forma a atuar como

²SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 114.

legislador positivo, isto é, permitindo à parte o gozo de seu direito ainda que este demandasse lei regulamentadora ou ato do Poder Público, trabalha sob enorme pressão.

Essa pressão, não necessariamente surgida de todos os lados, corresponde, geralmente, a ressentimento dos outros poderes, que, forçados a agir ou percebendo-se comprimidos em sua atividade essencial, taxam de irresponsáveis as decisões judiciais.

Nesse ponto, a principal argumentação contrária às decisões é concernente às suas repercussões econômicas. Evidente, para que se entenda, cientificamente, a relevância do fator econômico, não se pode prescindir de certos conceitos advindos da análise econômica do direito.

Observa-se, portanto, que pela essa análise econômica do direito enuncia a necessidade em se construir os postulados jurídico-institucionais em comunhão com os fatores econômicos. O ferramental da economia se aplica, na prática, aos desenhos institucionais modelados pelo Direito, contudo, as estruturas econômicas de determinada sociedade é que lhe possibilitam desenvolver aqueles desenhos.

No âmbito dessa senda teórica, que nem se considera recente, já que aplicada nos Estados Unidos há pelo menos 50 (cinquenta) anos, se hospedam as insurgências contra o ativismo do Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, em particular, é mais sensível a tais críticas, explicando-se, primeiramente, que é o órgão jurisdicional de maior visibilidade de todo o ordenamento jurídico, além do que é um tribunal de tamanho reduzido, logo, a população (leia-se: a imprensa) e o Estado podem acompanhar os posicionamentos de cada ministro; segundo, porque é órgão específico para o trato de matérias constitucionais, e essas, sabe-se, são as que mais de perto cuidam de direitos fundamentais, de sorte que o Supremo Tribunal

³ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução de conflitos entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT. 2005. p. 104-159.

tem oportunidade de se pronunciar sobre esses direitos basilares, porém muito custosos – diversas vezes – ao Estado; por fim, a Corte Máxima é final instância de decisão, no ordenamento brasileiro; logo, seus votos sobre direitos fundamentais formam precedentes, ainda que tomados em controle difuso, importantes no sistema de proteção e concretização desses direitos, e cabe ao Estado calcular o risco de multiplicação dessas demandas.

Por fim, a expansão inevitável da Jurisdição Constitucional trouxe consigo alguns problemas a respeito dos seus limites. Contudo, pelo fato de estar a sociedade brasileira mais consciente dos seus direitos, passou a questionar, judicialmente, a omissão do Poder Público e, dessa forma, nomear o Poder Judiciário como a solução para todas as mazelas sociais.

2. O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E AS DECISÕES EXTRAVAGANTES

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em certas hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

Contudo, o Poder Judiciário tem experimentado certa dificuldade em lidar com essa situação. Assim, de um lado, proliferam decisões extravagantes ou sentimentais em que se condena a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, ou seja, inacessíveis ou destituídos de essencialidade, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Mas de outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento.

Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, a envolver diferentes entidades federativas e mobilizar grande quantidade de agentes públicos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Tais excessos e inconsistências põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.

Nesse sentido, o casuísmo da jurisprudência brasileira visa a impedir que políticas coletivas, dirigidas a promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Estar-se diante, portanto, de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível.

Assim, não há se falar em solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão, tendo em vista que sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode, contudo, ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial.

O Poder Judiciário deverá, nesse caso, intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Nesse sentido, se o legislador tiver feito ponderações e

escolhas válidas, a luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático. O papel desse Poder, em um Estado Constitucional Democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico.

Em muitas situações, caberá aos juízes e aos tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas.

Nesse sentido, o ilustre mestre Daniel Sarmiento dispõe em sua obra⁴:

“A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.”

Dentro dessa questão, há de se ressaltar que o controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos.

⁴ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 99.

Entretanto, o maior problema surge quando esses direitos fundamentais entram em rota de colisão entre si. Nessas hipóteses, 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. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Por outro lado, havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, se houver lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção, no intuito de não invadir uma norma programática, já que o artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais.

Convenha-se, portanto, que as normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a Administração há que atender aos interesses mais imediatos da população, ao argumento da denominada reserva do possível, em que os recursos públicos seriam insuficientes para atender as necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis.

Considerando, portanto, que a condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica em sede de ação coletiva pode alterar significativamente o planejamento do Poder Público, é prudente que o magistrado atente para a reserva do possível na análise do caso concreto. Essa cautela é necessária, inclusive, para que o Poder Judiciário não inviabilize a discricionariedade do Poder Executivo na elaboração de suas políticas públicas, afastando, assim, qualquer possibilidade de afronta ao pacto federativo.

Com isso, cumpre salientar que o fornecimento de medicamento pelo Estado, seja administrativamente, por meio dos programas de assistência farmacêutica, seja como decorrência de determinação judicial, não pode perder de vista a preocupação com a racionalização no consumo, ditada pela política nacional de medicamentos e pelas demais normas pertinentes. Além disso, infelizmente a utilização do processo judicial como instrumento de efetivação da assistência farmacêutica tornou-se alvo da indústria da ação judicial, na qual atuam profissionais médicos, advogados e laboratórios.

Tornou-se, nesse sentido, recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Assim, tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender as necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca a promoção da saúde pública.

Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.

Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que

observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.

Seria no mínimo necessário para a tomada de decisões no âmbito jurisdicional que o magistrado verifique se a prescrição médica é condizente com o diagnóstico da moléstia que acomete o paciente e com os tratamentos a que ele já se submeteu, bem como é necessário constatar se a emissão de receita foi efetuada por profissional habilitado e especialista no trato de problemas da espécie e se a dosagem prescrita atende as finalidades do tratamento, sendo certo que deverá ainda analisar com cautela qual caso deverá sofrer a sua intervenção, uma vez que está em suas mãos saber se o caso é ou não passível de uma decisão favorável.

Como sustenta Lúcia Léa Guimarães Tavares⁵:

Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são 'seletivas' no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero, entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário.

Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de

⁵ TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. *O fornecimento de medicamentos pelo Estado*. Revista de direito da Procuradoria-Geral 55:109-10, 2002.

informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente consideradas.

3. SEPARAÇÃO DOS PODERES E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente a União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). No que tange ao aspecto administrativo (*i.e.*, a possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum a União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção (art. 6º, VI).

Dessa forma, a Lei nº. 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso as ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX).

A Lei nº. 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. A direção nacional do SUS, atribuiu a competência de prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional (art. 16, XIII), devendo promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal (art. 16, XV). A direção estadual do SUS, a Lei no 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, a direção *municipal* do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).

Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº. 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema. Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos. No que toca particularmente a distribuição de medicamentos, a competência da União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº. 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos⁶.

De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população. O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá aos juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios.

⁶ V. Anexo da Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998 (*DOU* 10 nov. 1998), item nº 5: “No que respeita às funções do Estado, os gestores, em cumprimento aos princípios do SUS, atuarão no sentido de viabilizar o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”. A Portaria nº 3.916/98 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos.

Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas. O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, e determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos.

O tema versado no presente artigo envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Disso resultam duas consequências 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.

Ressalvadas as hipóteses acima, 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.

Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos

administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

Assim, em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito a saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e consistência.

Nesse sentido, a primeira e mais frequente crítica oposta a jurisprudência brasileira se apóia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática. O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito a saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito a saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas. Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito a saúde seria, antes, um problema de desenho institucional.

Assim, pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde e conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito a saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que

determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, a alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

Uma terceira impugnação a atuação judicial na matéria, repetidamente formulada, diz respeito a intrincada questão da legitimidade democrática. Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.

Talvez a crítica mais frequente seja a financeira, formulada sob a denominação de reserva do possível⁷. Os recursos públicos seriam insuficientes para atender as necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais.

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública.

⁷ Ricardo Lobo Torres. *O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível*. In: António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson Miranda Coutinho (Org.), 2004, p. 455-6: “A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: (...) d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: ‘não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.’ E) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental.”

Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender as necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca a promoção da saúde pública.

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria a classe média que aos pobres.

Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Assim, a grande questão que se coloca quando o assunto é o fornecimento de medicamentos pelo Estado consiste na alegação de que os recursos são finitos e que a responsabilidade do Estado prevista na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 196, refere-se à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, razão pela qual o fornecimento de medicamentos pelo Estado não pode inviabilizar o sistema público de saúde.

O problema toma maior vulto, ainda, quando se analisa o papel do Poder Judiciário, na medida em que a otimização da eficiência dos gastos públicos com saúde é melhor atingida quando se confere ao Poder Executivo a competência de tomar decisões nesta área, sobretudo porque o artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais.

Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.

De fato, não há como negar que os recursos orçamentários têm uma natural limitação. O problema não está nesta constatação, mas sim no dimensionamento ou tamanho destes recursos e sua real e efetiva aplicação nas questões ligadas à saúde.

Importante lembrar que, segundo brilhante decisão do Supremo Tribunal Federal, no AgRg no RE nº 271.286-8, da relatoria do Ministro Celso de Mello, "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."

Assim, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (artigos 5º, caput, e 196 da Constituição Federal) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade⁸.

Nesse sentido, diferentemente do que decidiu a Ministra Ellen Gracie⁹ na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, o artigo 196 da Constituição da República, ao descrever um direito público subjetivo, assegura o acesso à saúde em situações individualizadas.

Esta questão é claramente expressa em decisão proferida na Pet nº 1.246-SC em que se afirma que:

⁸ STF, AgRg no RE nº 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02.02.2007.

⁹ Segundo a Ministra Gracie: "Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas." STF, STA nº 91, Rel. Minª Ellen Gracie, DJ 26.02.2007.

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana¹⁰.

O que se pode extrair dessas decisões proferidas no âmbito do Pretório Excelso, favoráveis ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, é que a aplicação deve ostentar um caráter coerente e adequado em relação ao caso concreto.

A reserva do possível relaciona os limites do Estado (principalmente dos recursos públicos) com a efetivação dos direitos sociais, podendo ser invocada somente quando demonstrar motivo justo e objetivamente comprovável (nesse sentido é a decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPF 45, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004).

Para minimizar esse dilema, a África do Sul, em sua Constituição vigente, de 1996, explicitamente associa os direitos fundamentais à reserva do possível, ao prever, em diversos dispositivos, que o Estado deve tomar as medidas legislativas (entre outras), dentro da sua disposição de recursos, para promover as condições necessárias à efetivação dos direitos. Nesse sentido dispõem os artigos 24.b (proteção ao meio ambiente), 25.5 (direito de propriedade), 26.2 (direito à habitação), 29.b (direito à educação), 32.2 (direito à informação), entre outros.

Em outras palavras, não se deve analisar a regulamentação legal sob a perspectiva de que não assegura o acesso à saúde a todas as pessoas, mas sim do ponto de vista de que está sendo implementada uma política social que garante o fornecimento de medicamentos, realização de exames e tratamentos a milhares de pessoas.

O Min. Gilmar Mendes, em decisão da presidência no STA n. 277, discorreu sobre o assunto:

¹⁰ No mesmo sentido: STF, AgRg no RE 271.286-8.

[...] A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’ (Vorbehalt des Möglichen). Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS, 1989, p. 161.). Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do possível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez’ (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.). Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado [...] como todos os direitos fundamentais, o direito à saúde não é ilimitado e absoluto, podendo ser restringido ou não incidir em determinada situação fática quando em confronto com outro direito. tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes

não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. [...] (STA 277/AL, DJe 233, 05/12/2008).

Recentemente foi prolatada decisão monocrática no STJ determinando o fornecimento do medicamento Rituximab (Mabthera) para pessoa portadora de lúpus erimatoso sistêmico, conforme receituário médico para substituir os medicamentos até então utilizados sem êxito (MS 14082/DF, decisão monocrática, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

No Supremo Tribunal Federal, em decisão da presidência do Min. Gilmar Mendes, indeferiu-se pedido de suspensão de tutela antecipada formulada pelo Estado de Alagoas, mantendo o fornecimento de medicamento para o tratamento de esclerose múltipla (Rebif 44mg), no valor mensal de R\$ 9.500,00 (STA 277/ AL, DJe 233, 05/12/2008). Ressalta-se que, entre os fundamentos da decisão, está o de que o princípio ativo do medicamento (betainterferona 1ª recombinante) consta da lista dos medicamentos de dispensação excepcional fornecidos pelo SUS, na Portaria n. 1.869/2008, do Ministério da Saúde.

A própria Min. Ellen Gracie, que, como visto, decidiu de forma contrária, também já indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada do Estado do Rio Grande do Norte, quanto ao fornecimento de 60 unidades mensais de tiras reagentes para glicosímetro, para portadora de diabetes *mellitus*. No caso concreto, a então presidente do STF entendeu que o pedido não se incluía entre as hipóteses previstas no art. 4º da Lei n. 8.437/92, que a família da beneficiária não tinha condições financeiras para adquirir o medicamento, e que sua suspensão poderia causar o perigo de dano inverso (danos à saúde e à vida da paciente)¹¹.

¹¹ STA 181/RN, DJe 18, 31/01/2008.

De forma minoritária, surgem entendimentos no sentido de que a demonstração da impossibilidade financeira do autor e de seu grupo familiar é condição indispensável para o fornecimento do medicamento ou do tratamento pelo Poder Público. Nesse sentido, há precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravo de Instrumento n. 70022320246, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Rogério Gesta Leal, j. 21/02/2008, DJ 07/04/2008).

Ao inverso, o TJRS decidiu que os medicamentos e tratamentos médicos devem ser fornecidos gratuitamente, independentemente da condição socioeconômica da pessoa beneficiada, vencido em parte o Des. Rogério Gesta Leal (Agravo Interno n. 70023333669, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. 3/4/2008, DJ 14/04/2008).

Extrai-se do voto deste:

Tenho reiteradamente insistido no fato de que no momento em que a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art.196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, não há como negar que tal dever é relacional e condicionado a garantia de acesso universal e igualitário (a todos) das ações consecutórias nesta direção. Isto significa, salvo melhor juízo, que qualquer política pública, ou ação preventiva e curativa, necessitam levar em conta a demanda global que envolve tais interesses, sob pena de atender uns e desatender muitos. Daí que proponho uma leitura mais integrada deste dever estatal para com o universo que ele alcança, ou seja, direito social da população como um todo que envolve, inclusive, co-responsabilidades societárias importantes (constitucionais e infraconstitucionais). Estou falando, por exemplo: (a) do dever da família (da Sociedade e do Estado) em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, da Constituição Federal de 1988); (b) os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, da Constituição Federal de 1988); (c) a família (a Sociedade e o Estado) tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230, da Constituição Federal de 1988). [...] Está-se falando, em verdade, também do dever de solidariedade que a Constituição Brasileira de 1988 impõe a estas relações, chamando à responsabilidade de cada qual para que contribuam na constituição de uma sociedade justa e democrática, condição de possibilidade de uma República e Estado de Direito.

Apesar de ainda em desenvolvimento e de ser acolhido minoritariamente, esses fundamentos são os que mais se coadunam com os dispositivos constitucionais já citados

neste texto e referidos no citado voto, e com o artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.080/90, segundo o qual o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Entre as questões que envolvem a efetivação do direito à saúde, destacam-se: a) a omissão reiterada do Legislativo brasileiro na concretização dos direitos fundamentais, especialmente em face de diversos mandados de injunção ou ADI por omissão julgados pelo STF sobre direitos previstos na Constituição de 1988, não regulamentados mesmo após mais de 20 anos de sua vigência; b) a igual inércia do Executivo, e suas questionáveis escolhas trágicas, tais como a aquisição de 15 milhões de embalagens sachê de gel lubrificante (no valor aproximado de R\$ 40 milhões) e mais de um bilhão de preservativos, às vésperas do carnaval, em detrimento do fornecimento de outros medicamentos ou tratamentos; c) a substituição, pelo Judiciário, de uma função que seria do Executivo (mas que não a desempenha de modo satisfatório), interferindo na política nacional de medicamentos; d) a legitimidade – ou não – do processo judicial como uma forma democrática de se decidir sobre a concessão de um remédio ou de um tratamento médico a determinada pessoa; e) a limitação orçamentária, motivo pelo qual o Poder Público não pode gastar mais do que arrecada para implementar as políticas públicas, sendo essa a medida para a efetivação dos direitos, importando na necessidade das escolhas trágicas; f) a reserva do possível como um argumento razoável – ou não – para afastar o fornecimento de medicamento pelo Executivo; g) e o dever da família (ao lado da sociedade e do Estado) na garantia da saúde.

Essas e outras questões polêmicas deverão ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mérito do RE 566471/RN, para definir a responsabilidade dos entes públicos no fornecimento de medicamentos e tratamentos excepcionais, bem como delimitar a possibilidade de atuação do Judiciário no suprimento dessa omissão.

CONCLUSÃO

Como visto, os direitos fundamentais consistem em direitos subjetivos diferenciados, protegidos como cláusulas pétreas pela Constituição de 1988. Possuem, além desse aspecto subjetivo de direitos privilegiados, uma dimensão objetiva, produzindo efeitos sobre a atuação dos poderes públicos e sobre o ordenamento jurídico. Ainda, além de positivos, que exigem uma prestação estatal, de natureza fática ou normativa, também podem ser negativos, ou seja, de defesa, impondo a não interferência do Poder Público sobre os direitos de seus cidadãos.

A evolução e a ampliação da tutela dos direitos fundamentais importaram, ao mesmo tempo, em afirmação e na desvalorização, pois a quantidade de direitos a que se conferiu esse *status* acabou por prejudicar e até mesmo a inviabilizar a efetivação de todos os direitos prometidos pelo Poder Público aos cidadãos.

Por fim, há que se salientar que, a pretexto de proteger os direitos fundamentais, vários tribunais brasileiros têm determinado à União, Estados, Distrito Federal e municípios, a dispensarem medicamentos de alto custo a alguns portadores de determinadas moléstias, rompendo com o princípio da isonomia entre os cidadãos brasileiros.

A prática corriqueira de conceder medidas satisfativas na área da saúde tem obrigado o poder público a realocar verbas já destinadas a outros pacientes, os quais certamente morrerão, anonimamente, à falta de assistência médica adequada. Obriga-se a Administração Pública a adquirir medicamentos especiais de alto custo sem o procedimento licitatório ou de tomada de preços, sendo certo que as decisões não apontam, de forma clara, de onde devem sair os recursos financeiros. Enfim, o Poder Judiciário tem adotado, de uma maneira geral, uma postura ativista, sob o influxo de densificar princípios inscritos de forma abstrata na Constituição Federal de 1988. Deste modo, concretiza direitos sociais como o direito à saúde

e o direito à educação, fazendo derivar do artigo 6º da Constituição obrigações concretas desfavoráveis à Administração Pública.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. V.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução de conflitos entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DANTAS, Humberto. *Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível?* São Paulo: Paulus, 2006.

SBROGIO'GALIA, Susana. *Mutação constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 15 de maio de 2010.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.