

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS: A VISÃO DO STF PARA A PROBLEMÁTICA.

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH AND MEDICATION DISPENSING
POLICY: THE STF VISION FOR THE ISSUE.

Alexandre Luna da Cunha¹

RESUMO

Esse artigo analisa a judicialização do direito à saúde, em especial, a crescente judicialização da política de dispensação de medicamentos, segundo a visão do Supremo Tribunal Federal manifestada no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Para tanto, o artigo parte da conceituação de direito à saúde estabelecida pela doutrina, analisa a problemática própria da judicialização do direito à saúde, debruçando-se sobre casos judiciais reais nos quais há pedido de concessão de medicamentos, para refletir acerca dos parâmetros de atuação do Poder Judiciário estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo do presente artigo é verificar, ao final, se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal resolve de forma adequada a problemática analisada.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização; direito à saúde; medicamentos; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article analyze the judicialization of the right to health, in particular, the increasing judicialization of medicines dispensing policy, in the view of the Brazilian Federal Supreme Court manifested at the judgment of the Suspension of advance claim rights concession 175/CE. For this purpose the article starts from the concept of right to health established by the doctrine, analyzes the very issue of judicialization of the right to health, and will focus on actual court cases in which there are applications for medicines, to reflect on the performance parameters to the judiciary established the Brazilian Federal Supreme Court. The purpose of

¹ Doutorando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Mackenzie (2012/2015). Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie (2007). Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie (2002). Pesquisador dos grupos de pesquisa Direitos Sociais e Políticas Públicas e Novos Direitos Proteção da Cidadania do Programa de Pós Graduação da Universidade Mackenzie (2005). Professor e advogado. Contato: lunadacunha@yahoo.com.br.

this article is to verify, at the end, if the position of the Brazilian Federal Supreme Court resolves adequately the issue analyzed.

KEYWORDS: judicialization; the right to health; medicines; Brazilian Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é o marco da redemocratização do país. Seu texto é o lastro do objetivo de repelir o sistema jurídico de exceção instaurado pelo regime militar de 1964. O momento histórico do país demandava uma constituição que assegurasse democracia e direitos – como destaca Dallari (2010). Exatamente o que fez a Constituição.

No tocante ao direito à saúde, a Constituição o expressou de forma bastante ampla, afirmando ser um direito de titularidade de todo cidadão e um dever do Estado. Determina a Constituição acerca do direito à saúde que sua efetivação será realizada mediante políticas sociais e econômicas e cujo acesso é universal e igualitário.

Para tanto, o estado organizou seu dever relacionado ao direito à saúde na forma do SUS – Sistema Único de Saúde – garantindo o acesso para todos, conforme determina a Constituição. E mais: reiterando a natureza de direito fundamental do direito à saúde.

Some-se a esse entendimento amplo do direito à saúde a introdução de novos procedimentos judiciais e a criação e organização das Defensorias Públicas que caracterizam o movimento de facilitação de acesso à justiça tão bem referido por Cappelletti e Garth (2002). E ainda, os avanços da medicina e as restrições estatais acerca da dispensação de medicamentos, analisados por Biehl (2011). Este quadro cria as condições ideais de pressão e temperatura para o que Ferraz (2011, p. 76) chamou de:

“judicialization of health – the large and growing volume of claims involving the right to health that reach the courts on a daily basis

across Brazil – has achieved significant (and for many, worrying) proportions”².

Os impactos sociais e econômicos que decorrem da judicialização do direito à saúde não foram percebidos apenas pela doutrina estrangeira – embora nesta haja um interessante viés de análise calcado no direito comparado que permite ampliar interpretações e projetar soluções³. A doutrina nacional também percebeu estes impactos.

A situação é grave. Seja pelos altíssimos valores orçamentários envolvidos, como bem destaca Yoshinaga (2011), o que pode importar no desatendimento a direito de outrem, seja pela necessária crítica à atuação do Estado enquanto gestor de políticas públicas de concretização de direitos sociais, como destaca Taveira (2013). Estes são os fatores recorrentes das análises da doutrina nacional que permearão este artigo.

Há ainda um último vértice desta análise: o julgamento da STA 175 pelo Supremo Tribunal Federal. Isto porque é fundamental refletir se os parâmetros determinados pelo STF neste julgamento, contribuem ou não para a solução do problema. É recorrente na doutrina nacional a análise acerca da atuação do Judiciário em termos de políticas públicas, e em especial, em Comparato (1998), Barroso (2007), Grinover e Watanabe (2011).

É isso que será investigado pelo artigo a seguir.

I. DIREITO À SAÚDE.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 a doutrina jurídica se debruçou com intensidade sobre a reflexão da temática dos direitos fundamentais. Em especial, Silva (2008. p. 178) construiu o seguinte conceito de direitos fundamentais:

² Tradução livre: “judicialização da saúde - o grande e crescente volume de ações judiciais envolvendo o direito à saúde que chegam aos tribunais diariamente em todo o Brasil - alcançou significativo (e para muitos, preocupante) proporções”.

³ Dentre várias referências existentes, destaco: YAMIN, Alicia Ely e GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Harvard University Press, 2011. GAURI, Varun e BRINKS, Daniel M. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world.* Cambridge University Press, 2008.

“prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

Na manifestação de Bonavides (2009. p. 659 / 660), a conceituação de direitos fundamentais está relacionada à própria razão de ser do Estado social e democrático de direito, afirmando:

“(...) os direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista (...) que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria constituição (arts. 1º., 3º. e 170) que fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (art.60, §4º., IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais”

A doutrina jurídica também refletiu acerca do conceito jurídico de direitos sociais. Silva (2008. p. 286/287) contribui com o seguinte conceito de direitos sociais:

“dimensão dos direitos fundamentais representada por prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”

Assim, Silva (2008. p. 184) conclui afirmando que os direitos sociais são direitos fundamentais e, por isso, os direitos sociais gozam das mesmas prerrogativas e proteções dos direitos fundamentais previstos de forma expressa na Constituição Federal.

É assim que se pode afirmar que a conceituação de direitos fundamentais, e suas garantias e prerrogativas, abrangem também os direitos sociais. Esta interpretação é corroborada com a afirmação de Silva (2008, p. 185) para quem os direitos sociais são *“... direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais...”*

Conclui ainda de forma categórica:

“A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º., estão contaminados de dimensão social, ...”

Para, finalmente, afirmar a impossibilidade de separação entre direitos fundamentais e sociais:

“É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem.”

“(...) nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.”

II. DIRIETO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS.

Pode-se afirmar que a temática política pública tem origem na ciência política e na ciência da administração pública, nas quais fixa seu campo de interesse nas relações entre a política e a ação do poder público. Não obstante, a ciência jurídica abarca a reflexão do tema sob o viés da concretização de direitos, conforme Bucci (2006, p. 1).

Vale ressaltar que em língua portuguesa parece haver certa confusão entre as concepções do termo política – problema que a língua inglesa resolve empregando em seus distintos significados os termos *politics* e *policy* com bem assevera Secchi (2010, p. 1). Assim, é possível identificar para o mesmo termo em português - “política” - dois significados distintos.

O primeiro deles, como apontado por Bobbio (1998), é a atividade humana ligada a obtenção e manutenção de recursos necessários para o exercício do poder sobre o homem. É o sentido corriqueiro de política como a atividade do homem relacionada ao termo *politics* do inglês. O segundo dos sentidos, relacionado ao termo inglês *policy*, tem relação com a decisão e a ação do Estado para a realização de alguma finalidade.

O desenvolvimento do conceito de políticas públicas tem início com os trabalhos acadêmicos da área de ciências sociais de quatro pesquisadores principalmente: H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom e D Easton, como bem ressalta Souza (2007, p. 67). Nestes estudos iniciais já se fazia presente a distinção de interesses individuais e coletivos e pretendia-se a autonomia do conceito de políticas públicas em oposição ao conceito de política social. Essa diferenciação guarda íntima relação com a noção de Estado de bem estar social (*Welfare State*) – dirigente, prestacional e marcado pelo compromisso de promover os reclamos sociais, conforme observa Victor (2011, p. 17 e ss).

Dworkin (2007, p.22), um dos sociólogos contemporâneos a estabelecer um conceito de políticas públicas (*policy*) o fez da seguinte forma:

“aquela espécie de padrão de conduta (standard) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil.”

Este conceito surge da contraposição de política e princípio. A ideia geral é que as reflexões jurídicas acerca de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva, como bem observa Comparato (1998, p. 44).

A área da administração pública também se ocupa da análise do conceito de políticas públicas. Assim, é de se destacar o conceito proposto por Amato (1971, p. 9):

“O termo tanto pode significar a formulação quanto a execução das normas; também poderia ser interpretado mais restritamente, como equivalente a execução. Em todo caso, a realização da política pública, dos objetivos do Estado, é a tarefa que na realidade

executam conjuntamente os cidadãos, os partidos políticos, as associações, os parlamentos, os tribunais, os órgãos da opinião pública, os grupos de interesses econômicos, os funcionários do Poder executivo e outros agentes.” (grifos do autor)

Cabe analisar como o conceito de políticas públicas adentra o mundo jurídico, ou seja, de que forma a temática passa a chamar a atenção da doutrina jurídica que formula seus conceitos sobre o novo objeto de estudos.

A democracia constitucional clama por um Poder Judiciário capaz de exercer a jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano, como bem assevera Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 39). Garapon (1999, p. 123), nesse contexto, fixou os contornos desse desenvolvimento ao cunhar a frase: *“o Judiciário se tornou um moderno muro das lamentações”*.

Desse contexto surge um rico diálogo entre as doutrinas das ciências sociais e a jurídica. No Brasil, pode-se apontar a pesquisa e os escritos de Sadek (2011, p. 19) - pesquisadora do CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. A autora afirma:

“o juiz ‘boca da lei’ é hoje, na melhor das hipóteses, um recurso de retórica. De figura acanhada e quase anódina, magistrados têm marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais importantes dos fatos mais relevantes”.

O tema políticas públicas, então, ganha destaque na doutrina jurídica concomitantemente à maior importância que o Poder Judiciário passa a exercer na sociedade – o que não deriva simplesmente de ativismo judicial como uma análise apressada possa concluir. Na verdade a preponderância de tal poder tem origens em processos mais complexos e permanentes. Por exemplo, no final da II Grande Guerra Mundial um tribunal judicial foi especialmente constituído para julgar crimes de guerra – o Tribunal de Nuremberg. Por exemplo, com a preocupação do *Welfare State* em promover certos direitos sociais em oposição ao formalismo jurídico do Estado liberal.

Na doutrina estrangeira, pode-se ressaltar o trabalho de Clune (2012) - representante da proximidade dos campos de reflexão do direito e da ciência política por seus estudos e pesquisa na área de políticas públicas – que assinala:

“By definition, all law is public policy, in that is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that depends on laws and lawmaking for at least some aspects of its existence”.⁴

Na doutrina jurídica, entende-se políticas públicas como a concretização de direitos sociais, numa abordagem que estabelece o “jurídico” em políticas públicas. Essa nova abordagem – que foca na realização de direitos e menos na teorização pura - pode ser ilustrada pela passagem crítica às ciências sociais apontada por Souza Santos (2006, p. 18):

“é próprio da sociologia reivindicar um ângulo de observação e análise, um ângulo que, não estando fora do que observa ou analisa, não se dissolve completamente nele. Qual é, pois, esse ângulo e como mante-lo nas condições presentes e próximas futuras? A rapidez, a profundidade e a imprevisibilidade de algumas transformações recentes conferem ao tempo presente uma característica nova: a realidade parecer ter tomado definitivamente a dianteira sobre a teoria. Com isso, a realidade torna-se hiper-real e parece teorizar-se a si mesma. Essa autoteorização é o outro lado da dificuldade das nossas teorias em darem conta do que se passar e, em última instância, da dificuldade em serem diferentes da realidade que supostamente teorizam”.

Assim, quando a ciência jurídica se debruça sob o conceito de políticas públicas traz suas formulações típicas, dentre elas a realização de direitos sociais que devem ser implementados por atos próprios dos poderes constituídos.

Esse movimento pode ser apreendido pela manifestação de Homercher e Bergue (2011, p. 408):

⁴ Tradução livre: “Por definição, todo direito é política pública, pois a vontade coletiva da sociedade é expressa em normas obrigatórias; e toda política pública é direito; pois ela depende das leis e do processo jurídico para pelo menos em algum aspecto da sua existência”.

“A partir do momento em que a sociedade passa a exigir condutas comissivas, o Estado passa de ente protetor das liberdades individuais para agente indutor de políticas concretizadoras dos anseios sociais. mas para compreensão dessa nova perspectiva torna-se imprescindível abstrair o sentido de política enquanto exercício partidário, para afirmar-se como um instrumento de condução, de programa de ação.” (grifo do autor)

Ressalta-se o conceito de Bucci (2006, p. 39):

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

No mesmo sentido, Canela Junior (2011, p. 153):

“Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.”

Mancuso (2002, p. 317) conceitua ressaltando o aspecto negativo e a possibilidade de controle judicial:

“conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional, ou legal, sujeitando-se ao controle judicial amplo e exauriente especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.”

Portanto, é possível conceituar políticas públicas como a concretização de direitos, a partir de atos próprios dos poderes constituídos, refletidos num programa de ação

governamental. Dessa forma, as ações judiciais que visam garantir o atendimento de determinado direito individualmente requerido, não tratam de políticas públicas.⁵

O conceito de políticas públicas cabe apenas quando se tratar de situação na qual se requeira direito difuso e coletivo ou ainda, quando numa ação individual haja requerimento de tutela coletivizante, como observa Grinover (2009).

Os direitos difusos e coletivos têm instrumentos processuais específicos de proteção, como a ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação de improbidade administrativa. Mas também uma demanda individual pode proteger direitos difusos e coletivos, como por exemplo, numa ação que requeira não a concessão de medicamento para o pleiteante individualmente, mas que o medicamento pleiteado, que não faz parte da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo sistema público de saúde, seja incluído na aludida lista, como observa Watanabe (2007, p. 799-800).

Mendes Ferreira e Gonet Branco (2012, p. 696 e ss.) afirmam que o direito à saúde é um direito de todos, representando um direito individual, no sentido de um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. E ainda um direito coletivo, no sentido de direito de proteção à saúde.

O direito à saúde é ainda um dever do Estado, um direito fundamental de prestação de saúde que deve ser garantido mediante a execução de políticas públicas sociais e econômicas. Estas políticas devem ser realizadas mediante políticas públicas de saúde, para as quais o Estado tem o direito de alocar recursos financeiros. E devem visar o acesso universal e igualitário aos serviços públicos de saúde.

Esses entendimentos estão estabelecidos na Lei 8.080 de 1990 que estabelece o SUS – Sistema Único de Saúde - que em seu artigo 2º. prescreve:

“Art. 2º: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

⁵ Não se trata de desmerecer aquele que litiga pela garantia e efetividade de seus direitos. Ao contrário. Mas o direito que cabe a cada cidadão não está abarcado num conjunto de atos que tenha por objetivo a efetividade de um direito a todos os cidadãos, sendo esse a natureza própria de políticas públicas. Esta constatação parece basilar, mas é descuidada pela doutrina.

Daí, é imperioso concluir que o Poder Judiciário não é a melhor via para a implementação de políticas públicas, principalmente o direito à saúde.

A concessão pura e simples do tratamento / medicamento não pode ser confundida com uma política pública efetiva que deve regular integralmente a atuação do poder público na efetivação do direito a todos, não apenas ao demandante.

III. A PROBLEMÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

A judicialização do direito à saúde é marcada por situações gravíssimas que ensejam uma reflexão. Em especial acerca da posição do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o artigo do Juiz Federal em Londrina (PR) Eduardo Appio (2005) o caso do medicamento INTERFERON PEGUILADO é emblemático. O autor afirma que há relação entre médicos, ONGs, associações de pacientes de hepatite C, advogados e a indústria farmacêutica para a distribuição de demandas cujo pedido é a concessão do medicamento interferon peguilhado. Tal medicamento tem um custo 30 (trinta) vezes maior que a mesma droga, interferon convencional, sem comprovação científica veemente de que produza resultados tão extraordinários e proporcionais ao elevadíssimo custo. Na verdade, a pesquisa científica existente indica resultados apenas 6 (seis) vezes melhores em alguns casos, conforme quadro do paciente.

O artigo de Chieffi e Barata (2010) acerca do Sistema de Controle Jurídico analisou 2.927 ações e levantaram dados que apontam que há 6 advogados atuam em 35% das ações, 5 médicos receitaram em mais de 30 ações e 1 medicamento foi requerido em mais de 420 ações. As autoras salientam que não afirmam haver uma rede de manipulação e favorecimento ao pedido judicial de determinado medicamento, mas que os números apontam, pelo menos, uma excessiva concentração de judicialização do direito à saúde em determinados atores.

Ainda, segundo Heinen (2009) na Secretaria Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul, 41% do orçamento é investido em medicamentos atendendo 87.966 pacientes, sendo 81,08% medicamentos especiais e 31,70% medicamentos excepcionais. Os pedidos de medicamentos são feitos em 68,30% pela via administrativa e 18,92% pela via judicial.

A análise de dados também foi empreendida com profundidade por Biehl e Picon (2010) que em seu Projeto de Criação da Primeira Coorte Brasileira de Acesso Judicial a Medicamentos no Rio Grande do Sul apontou que há 441 ações solicitando medicamentos das listas oficiais, 360 ações solicitando medicamentos listados e fora das listas, e 275 ações solicitando medicamentos fora das listas.

E isso ocorre segundo interpreta Francisco (2012. p. 47) a partir de uma pesquisa com juízes, pois estes entendem que no contexto da efetivação de direitos deve haver a “superação do Estado Legislativo em favor do Estado Constitucional de Direito”, declarando os pesquisados que 83% dos magistrados Judiciário não é neutro e 73,7% dos magistrados não é mera “boca da lei”.

Finalmente, segundo Pierdoná (2009, p. 12) isso ocorre porque o direito à saúde não é restrito aos trabalhadores e o princípio da seletividade choca-se com o princípio da universalidade, em especial nos Direitos sociais tidos como a forma máxima de efetivação coletiva e não individual.

Ante todo o conflito existente acerca da efetivação do direito à saúde, a doutrina debruçando-se sobre o tema, lança suas contribuições.

A contribuição de Sabino (2011. p. 364) afirma que a atuação do Poder Judiciário deve ser pautada na eliminação de lesões ou ameaças a direitos e quando ocorrer a omissão do Estado por seus poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista limitação do mínimo existencial e da reserva do possível. Assim, o Poder Judiciário deve atuar com base no princípio da razoabilidade.

Barroso (2007. p. 99) afirma que as ações individuais deveriam requerer apenas medicamentos constantes das listas, que configuram o dever inequívoco do Estado no que toca ao direito à saúde. Assim, apenas ações coletivas seriam viáveis para a solicitação de alterações nas listas oficiais, pois estas ações teriam o condão de garantir a todos os interessados desfrutar igualmente do direito. Ficariam excluídos os medicamentos experimentais e haveria preferência por droga disponível no Brasil e medicamento genérico. Ainda clama pela fixação de entendimento pelo qual a legitimidade passiva fosse do ente responsável pela lista na qual consta medicamento negado.

IV. MANIFESTAÇÃO DO STF.

Inúmeros são os julgados que versam sobre a temática do direito à saúde. Mas alguns julgados são paradigmáticos na análise de políticas públicas, principalmente no que toca à conclusão pretendida nesse artigo, seja pelo caso enfrentado, seja pelo modo como o caso foi decidido.

Em relação ao direito à saúde, o caso paradigmático é a STA 175/CE julgada pelo Ministro Gilmar Mendes que condena a União, o Estado do Ceará e município de Fortaleza a conceder medicamento, negando provimento ao recurso destes.

O caso paradigmático trata de uma adolescente com doença neurodegenerativa rara que requer medicamento reconhecido para deter desenvolvimento da doença, sendo oriunda de uma família sem recursos para tratamento (estimado em R\$ 52 mil mensais em 2006).

O medicamento só foi registrado na ANVISA no curso da ação e, portanto, à época da distribuição da ação, o medicamento de alto custo não era contemplado na lista do SUS (RENAME), nem pelo programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional

O julgado afirma que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, dado que tal fato não permite a verificação de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

A intervenção do Poder Judiciário, segundo texto do julgado, não afronta do princípio da separação dos poderes, dado que há a possibilidade do Judiciário intervir na política pública.

Neste julgamento foram realizadas audiências Públicas de 27/abril a 7/maio de 2009 para a contemplação das manifestações que possam elucidar o julgamento.

Alguns critérios para a concessão de medicamentos e, portanto, para o próprio estabelecimento de políticas públicas de medicamentos, foram fixados. Quais sejam:

1. VERIFICAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE POLÍTICA PÚBLICA

Não cabe ao Judiciário formular a política pública de saúde, mas é sua obrigação verificar se as políticas existentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

1.1 Se já existe Política Pública, Judiciário determina cumprimento, não a criação da política pública.

1.2 Se não existe Política Pública, devem ser analisados se há omissão legislativa ou administrativa, motivação da decisão administrativa de não fornecer medicamento e se há vedação legal expressa à dispensação do medicamento em questão.

2. CONCESSÃO APENAS DE MEDICAMENTOS REGISTRADOS NA ANVISA.

A Lei 6.360/76 em seu art. 12 determina que todo medicamento deve ser registrado na Anvisa.

Apenas em caráter excepcional poderão ser concedidos medicamentos de programas com organismos internacionais de saúde.

3. NEGATIVA DE CONCESSÃO DO MEDICAMENTO PELO SUS.

Deve-se adotar e cumprir o princípio da “medicina com bases em evidências”: apenas medicamentos com protocolos estabelecidos podem ser concedidos.

Deve-se analisar a diferença entre tratamentos EXPERIMENTAIS e tratamentos novos, evitando tratamentos experimentais e assegurando tratamentos novos se verificados cientificamente pela comunidade médica.

4. ADEQUADA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

A instrução processual é fundamental para que a decisão judicial mantenha sua qualidade. Assim, sempre deve ser exigida prova da situação / necessidade do pleiteante.

Também o ente público demandado deve observar a correta instrução processual no sentido de apurar e informar todas as circunstâncias do caso.

V. CONCLUSÕES.

Em um ambiente tripartite de atribuições de atividades preponderantes aos poderes constituídos, a situação padrão é que as políticas públicas sejam definidas e geridas não pelo juiz, mas pelo legislador e pelo administrador público, cuja legitimação popular garante-lhes a atribuição de alocar, segundo critérios de conveniência e de oportunidade, recursos nesta ou naquela utilidade pública. Por isso, constitui tarefa subsidiária do Poder Judiciário, na falta ou inadequação dos Poderes Executivo e Legislativo, ditar ou corrigir as políticas públicas.

A interferência do Poder Judiciário em termos de políticas públicas é legítima, não se olvidando o conhecimento e a observância de certos parâmetros de atuação, a fim de torná-la consentânea ao Estado Democrático de Direito. Três são os parâmetros clássicos de delimitação da atuação legítima do Poder Judiciário: [i] a reserva do possível (ou soberania orçamentária); [ii] o mínimo existencial, e [iii] o princípio da proporcionalidade

O primeiro limite a ser observado é a disponibilidade financeira do Estado para a concreção do direito prestacional, tal como idealizada pelo administrador no instrumento formal denominado orçamento. Trata-se da observância da teoria da reserva do possível. Não basta a norma para reconhecimento de um direito subjetivo. O problema é que todos direitos possuem um custo, logo a materialização desses direitos não pode ser destacada da mínima verificação das possibilidades materiais de colocação prática. A realidade é que por mais recursos que existam, não será possível atender a todas as necessidades de uma população, esteja ela em um país economicamente desenvolvido ou em um país em desenvolvimento. A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos.

A conformação da atuação do Poder Judiciário na concreção dos direitos prestacionais não se exaure na verificação da efetiva disponibilidade orçamentária do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Deve também o poder Judiciário pautar sua atuação na viabilização de um núcleo denominado mínimo existencial a ser garantido ao cidadão, independentemente da autorização orçamentária conferida pelo legislador ordinário. Cuida-se do núcleo de direitos voltados à preservação da dignidade do ser humano, denominado mínimo existencial, cuja prestação deve ser obrigatoriamente fornecida pelo Estado.

O princípio da proporcionalidade é importante instrumento destinado ao Poder Judiciário no ato procedimental de interferência nas políticas públicas, mediante o qual verificará a razoabilidade da pretensão individual/coletiva deduzida em face do Poder Público, bem como a razoabilidade da restrição ao direito fundamental imposto pelo Estado.

Em suma, o princípio da proporcionalidade reconhece, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos fundamentais.

O custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado.

No que se refere à jurisprudência nacional, pode se avistar uma linha de evolução no tratamento da questão orçamentária pelos Tribunais, notadamente sob o viés da implementação judicial de direitos prestacionais. Em primeiro momento, tomada a escassez do orçamento para a concreção de todos os direitos prestacionais previstos no ordenamento jurídico, passou-se a admitir, de modo absoluto, como restrição à interferência do Poder Judiciário, a teoria da reserva do possível. A concreção de direitos prestacionais estaria subordinada à previsão orçamentária da referida despesa.

A partir do julgamento da STA 175 pelo STF (2010), difundiu-se nova postura financeira no enfrentamento de casos judiciais concernentes à concreção de direitos prestacionais. Fundado no reconhecimento da existência de um núcleo essencial de direitos subjetivos, tocados pelo mínimo existencial, perante o qual a própria incidência da teoria da reserva do possível, em decorrência de ponderação com princípios como o da igualdade e da dignidade humana, é afastada.

Grande parte da doutrina e jurisprudência tomaram postura firme no sentido de defender a supremacia dos direitos fundamentais, cuja efetivação se sobreporia a qualquer

outro princípio ou fundamento de fato ou de direito. Alguns julgadores apresentam um falso dilema entre recursos financeiros e direito à saúde, quando na verdade o direito à saúde precisa dos recursos financeiros para ser concretizado. Causa estranheza dizer que o interesse financeiro é um “interesse secundário do Estado”. Se os direitos sociais, para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito. É uma dicotomia falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta.

VI. REFERÊNCIAS.

AMATO, Pedro Muñoz. Introdução à Administração Pública. Rio de Janeiro: FGV, 1971.

APPIO, Eduardo. Como o discurso dos direitos fundamentais tem ajudado a aumentar os lucros das multinacionais farmacêuticas no Brasil. 2005. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=2107%3E.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista da Procuradoria-Geral do estado do RS. Vol. 31. n. 66. jul/dez 2007. p. 89 – 114.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, RERE [online], ISSN 1981-1888, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 13.set.2012.

BIEHL, João. PICON, Paulo Dornelles. Projeto de Criação da Primeira Coorte Brasileira de Acesso Judicial a Medicamentos no Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em:http://www.princeton.edu/grandchallenges/health/researchhighlights/aids/Database_project.pdf.

BIEHL, João. Antropologia no campo da saúde global. Horiz. antropol. [online]. 2011, vol.17, n.35, pp. 227-256. ISSN 0104-7183. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-71832011000100009>.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília - Faculdade de Direito, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Trad. Ellen N. Gracie. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. Rev. Saúde Pública, Jun 2010, vol.44, no.3, p.421-429. ISSN 0034-8910

CLUNE, William H. Law and Public Policy: map of an area. Working Paper No. 6, Review of Public Affairs, University of Wisconsin-Madison, May 1991.<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/scis2&div=6&id=&page=>. Acesso em 11 set. 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 138 abr/jun. 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Brazil: Health inequalities, rights and courts: the social impact of the judicialization of health. In: YAMIN, Alicia Ely, GLOPPEN, Siri. Litigating health rights: can courts bring more justice to health? Harvard University Press, 2011.

FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GAURI, Varun e BRINKS, Daniel M. Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge University Press, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo: estudos e pareceres. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo *et ali*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). O controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HEINEN, Juliano. O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/o_custo_do_direito_a_saude_e_a_necessidade_de_de_uma_decisao_realista_uma_opcao_tragica.pdf

HOMERCHER, Evandro T.; BERGUE, Sandro Trescastro. Políticas públicas e transparência: reflexões multidisciplinares. Interesse Público – IP, São Paulo, ano 13, n. 68, p. 405-422, jul./ago. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). Ação civil pública - Lei 7.347/1985 - 15 anos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais. Anais do VXIII Congresso nacional do Conpedi – SP – nov/2009.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). O controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 353 – 386.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena política: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). O controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (orgs.). Políticas Públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007

SOUSA SANTOS, Boaventura de Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira e MARÇAL, Thais Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 161-186, set/dez, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann and SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo soc. [online]. 2007, vol.19, n.2, pp. 39-85. ISSN 0103-2070. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Acesso em 05.10.2012.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. Judicialização de políticas públicas para a educação infantil. São Paulo: Saraiva, 2011. Série IDP.

YAMIN, Alicia Ely e GLOPPEN, Siri. Litigating health rights: can courts bring more justice to health? Harvard University Press, 2011.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Revista Eletrônica de reforma do Estado. Número 24 – dezembro/janeiro/fevereiro 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888.