

MINISTÉRIO DA SAÚDE
FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ / FIOCRUZ
ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SÉRGIO AROUCA/ ENSP
MESTRADO EM SAÚDE PÚBLICA
SUB-ÁREA:
PLANEJAMENTO E GESTÃO DE SISTEMAS E SERVIÇOS DE SAÚDE

**UMA ANÁLISE DAS AÇÕES JUDICIAIS PARA O
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DO SUS: O
CASO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO ANO DE 2005**

Danielle da Costa Leite Borges

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Saúde Pública, da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, como parte dos requisitos necessários para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dra. Maria Alicia Dominguez Ugá
Segundo orientador: Prof. Dra. Silvia Victoria Gerschman de Leis

RIO DE JANEIRO
AGOSTO/2007

MINISTÉRIO DA SAÚDE
FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ / FIOCRUZ
ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SÉRGIO AROUCA/ ENSP
MESTRADO EM SAÚDE PÚBLICA
SUB-ÁREA:
PLANEJAMENTO E GESTÃO DE SISTEMAS E SERVIÇOS DE SAÚDE

**UMA ANÁLISE DAS AÇÕES JUDICIAIS PARA O FORNECIMENTO
DE MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DO SUS: O CASO DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO NO ANO DE 2005**

Danielle da Costa Leite Borges

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Vera Lúcia Edais Pepe

Profa. Dra. Ângela Moulin Simões Penalva Santos

Profa. Dra. Maria Alicia Dominguez Ugá – Orientador

Profa. Dra. Silvia Victoria Gerschman de Leis - Segundo orientador

DEDICATÓRIA

Ao meu querido Mario, que me mostra, a cada dia, o quanto é importante acreditar nos sonhos.

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que me ajudaram a concluir este trabalho e, em especial,

À minha orientadora, Maria Alicia Dominguez Ugá, pelos preciosos ensinamentos e pela paciência.

À amiga Isabela Soares Santos pela amizade e valiosas contribuições, do início à conclusão deste trabalho.

À amiga Mercedes Schumacher pela inestimável ajuda na realização do curso de mestrado.

Às professoras Silvia Gershman e Maria Helena Barros de Oliveira pelas enriquecedoras proposições na fase inicial do projeto.

À senhora Maria Elisa Vidal Bernardo, funcionária do Departamento de Sistemas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por todo empenho na validação dos dados.

Aos meus avós, Wilson e Arlette, pelo suporte e carinho.

À minha mãe, Arlene, por me proporcionar todo o necessário para chegar até aqui.

Às minhas amigas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) pelo estímulo e bom humor cotidianos.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar as ações judiciais para o fornecimento de medicamentos propostas por usuários do SUS contra o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005 e pretende contribuir para o debate sobre a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, especialmente nas de saúde, fenômeno este denominado judicialização.

O estudo corresponde a uma pesquisa documental exploratória, de caráter quali-quantitativo. A partir do referencial teórico da pesquisa, no qual se explorou os temas da eficácia do direito à saúde e da judicialização, de informações dos processos, bem como das entrevistas realizadas com magistrados e gestor de saúde, buscou-se analisar alguns aspectos relacionados às ações judiciais, tais como, o tipo de medicamento pleiteado, o teor das decisões proferidas e os fundamentos mais freqüentes utilizados pelos magistrados no julgamento das ações.

Como resultado concluiu-se, pela análise quantitativa, que quase metade dos medicamentos identificados nas ações judiciais não estão padronizados pelo Ministério da Saúde, mas, mesmo nestas situações, os pedidos são deferidos pelos magistrados. Já pela análise qualitativa foi possível verificar que existe uma tendência do Poder Judiciário a prover os pedidos relacionados a medicamentos e que as decisões judiciais estão fundamentadas apenas no artigo 196 da Constituição Federal, sem considerar a padronização de medicamentos adotada pelo Ministério da Saúde prevista em normas editadas por este órgão.

Palavras-chave: Medicamentos; Ações Judiciais; Judicialização; SUS.

ABSTRACT

The present research aims at analyzing legal suits concerning supply of medication brought by SUS users against the State of Rio de Janeiro in the year of 2005, and aims at contributing to the debate over the intervention of the Judiciary Power on public policies, especially regarding those pertaining to health, a phenomenon called judicialization.

The study corresponds to an exploratory document research, of a qualitative and quantitative approach. As from the theoretical referential of the research, in which the themes of effectiveness of the right to health and of judicialization were surveyed, as well as from lawsuits information, and interviews carried out with magistrates and health managers, aspects related to lawsuits, such as the type of medication claimed for, the contents of the decisions passed and the most frequent bases used by the magistrates in deciding the suits.

As a result, conclusion was reached, by the quantitative analysis, that almost half of the medications identified in the lawsuits are not within Ministry of Health standards, but that, even under these condition, requests are granted by magistrates. Conversely, by the qualitative analysis, it was possible to ascertain that there is a tendency by the Judiciary Power to grant requests related to medications and that the judicial decisions are based only on article 196 of the Federal Constitution, notwithstanding the standardization of medications adopted by the Ministry of Health, envisaged in the standards published by this body.

Key words: Medications; Lawsuits, Judicialization; SUS.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Gastos anuais, federal e estadual, do SUS com medicamentos. Período 2003-2005. 37

LISTA SIGLAS

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIDS - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CID - Código de Doenças
CONASS - Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CPC - Código de Processo Civil
CPC - Código de Processo Civil
DAF - Departamento de Assistência Farmacêutica
DJ - Diário de Justiça
DJU - Diário de Justiça da União
DPOC - Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica
DSJE - Divisão de Sistemas Judiciais e Extrajudiciais
DST - Doenças Sexualmente Transmissíveis
HIV - Vírus da Imunodeficiência Humana
LOS - Lei Orgânica da Saúde
OEA - Organização dos Estados Americanos
ONU - Organização das Nações Unidas
RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SCTIE - Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos
SES-RJ - Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TDR - *Triadic Dispute Resolution*
TJ-RJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

LISTA DE ANEXOS

Anexo I – Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002).....	106
Anexo II - Roteiro para entrevista com gestor de saúde	114
Anexo III – Roteiro para entrevista com magistrado	115
Anexo VI - Termo de consentimento livre e esclarecido.....	116

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO II – MARCO TEÓRICO-CONCEITUAL.....	15
II.1. - O DIREITO À SAÚDE	15
O direito à saúde como direito humano.....	15
O direito à saúde como direito social e sua positivação constitucional	17
O problema da eficácia do direito à saúde.....	23
II.2. - A ATUAL POLÍTICA DE MEDICAMENTOS E SUAS DIRETRIZES.....	30
II.3. - A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: JUDICIALIZAÇÃO.....	45
Conceito de judicialização.....	45
Causas da expansão do Poder Judiciário	49
Condições para ocorrência da judicialização da política.....	51
O caso brasileiro: causas e condições.....	54
Um novo formato da judicialização da política: as demandas judiciais individuais sobre o direito à saúde	61
Características das decisões judiciais em conflitos bilaterais.....	64
Limites das decisões judiciais nos conflitos sobre justiça distributiva.....	68
Outros aspectos da judicialização.....	75
CAPÍTULO III. – OBJETIVOS E METODOLOGIA.....	77
CAPÍTULO IV – RESULTADOS E ANÁLISE	81
As ações judiciais objeto da pesquisa.....	81
As sentenças judiciais	82
Os medicamentos pleiteados	84
As liminares deferidas	87
As entrevistas realizadas	88
Possíveis significados dos dados e das entrevistas.....	91
CAPÍTULO V. – CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99
ANEXOS	

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

O crescente número de ações judiciais propostas por usuários do Sistema Único de Saúde para garantir o fornecimento de medicamentos tem sido motivo de preocupação para os gestores de saúde em todos os níveis federativos.

Entre 2001 e 2005 o número de ações judiciais desse tipo propostas contra o Estado do Rio de Janeiro aumentou quase 350%. Em 2001 foram propostas aproximadamente 713 ações contra quase 2.500 em 2005.

As ações judiciais para fornecimento de medicamentos começaram a surgir nos Tribunais após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elevou o direito à saúde ao patamar de direito fundamental, estabelecendo em seu artigo 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”. Assim, já em 1991 observou-se um processo judicial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro visando o fornecimento de medicamento (MESSEDER; OSÓRIO-DE-CASTRO; LUIZA, 2005).

A partir daí, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o que se observou foi o aumento do número de ações judiciais versando sobre fornecimento de medicamentos. Até 1998 os medicamentos pleiteados eram basicamente aqueles para o tratamento de HIV/Aids. A partir de 1999 se observou uma queda nos pedidos desses medicamentos, surgindo outras condições patológicas dominantes, tais como hepatite C, hipertensão, artrite reumatóide e diabetes, situação que se mantém até hoje (MESSEDER; OSÓRIO-DE-CASTRO E LUIZA; 2005).

Os referidos processos passaram a ocupar espaço também nos Tribunais Superiores do nosso país - Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Para se ter uma idéia, somente no STJ, os processos envolvendo o fornecimento de medicamentos passaram de 2 em 2001 para 672 em 2004¹.

Quanto aos gastos representados por essas ações judiciais, em 2005 o então Ministro da Saúde estimou que as compras de medicamentos para atender às decisões federais consumiam algo em torno de 4 bilhões de reais em todo o país.²

O crescimento do número de ações judiciais associado ao fato de que as decisões são predominantemente favoráveis ao autor da ação começa a gerar problemas financeiros para o sistema de saúde como um todo. Isto porque algumas dessas decisões acabam por comprometer gravemente o orçamento para saúde do Município ou Estado

¹ Matéria divulgada no jornal “Folha de São Paulo”, de 01 de agosto de 2005, pelas jornalistas Luciana Constantino e Silvana de Freitas.

² Declaração do Ministro da Saúde, divulgada em matéria do jornal “O Globo”, de 14.03.2006, pg. 12.

r eu no processo, j a que, muitas vezes, o gasto para a compra dos medicamentos deferidos em um processo reduz significativamente o orçamento da assistência farmacêutica da coletividade.

Como os medicamentos pleiteados são inúmeros, podendo estar ou não padronizados pelo Ministério da Saúde, a atua o do Poder Judiciário acaba por interferir na política de saúde planejada pelo Poder Executivo, ou seja, escolhas originalmente políticas e de competência dos gestores de saúde estão sendo tomadas na esfera judicial, que passou a ser um novo caminho para a dispensa o de medicamentos³.

O envolvimento do Poder Judiciário na esfera política, denominado pela doutrina de judicializa o,   um fenômeno observado nas democracias contemporâneas, especialmente nos países em que este Poder realiza o controle de constitucionalidade das leis e vem sendo estudado desde a década de 60 por autores estrangeiros e desde os anos 90 no Brasil.

As decisões judiciais nas a es individuais para fornecimento de medicamentos também representam, como se disse acima, uma interferência do Judiciário na política, especialmente na política de saúde. Contudo, essa forma de interven o   diferente daquela comumente estudada e observada nas democracias contemporâneas. As referidas decisões judiciais indicam um novo formato de judicializa o, no qual o Poder Judiciário se substitui ao Executivo na escolha de fornecer este ou aquele medicamento, neste caso sob o fundamento de assegurar a efetiva o do direito   saúde, previsto constitucionalmente.

A Constitui o de 1988 marcou uma nova ordem, que consagrou uma série de direitos vinculados   cidadania, entre estes se encontra o direito   saúde, que exigirá do Estado uma série de a es, tais como o oferecimento de serviços de saúde   popula o, a garantia de acesso a estes serviços e a elabora o de políticas públicas específicas destinadas a garantir a saúde desta popula o.

O Brasil fez a op o por um sistema de saúde público e universal. Apesar de esta op o não significar que todos os serviços, tratamentos e medicamentos devem ser oferecidos pelo sistema, até porque os recursos disponíveis não viabilizariam esta situa o, o legislador constitucional, ao tratar do direito   saúde, elaborou um dispositivo amplo – art. 196 da Constitui o Federal, deixando para a legisla o infraconstitucional a regulamenta o da matéria.

³ Cf. Matéria dos médicos Amato Neto e Pasternak, publicada na Folha de São Paulo *On Line* do dia 11/07/2007.

Caberia ao legislador, portanto, definir os limites para o Estado do dever constitucional da prestação do serviço da saúde. Todavia, até o momento não existem leis federais que disponham especificamente até onde vai o dever do Estado na saúde. Na verdade, esta regulamentação acabou sendo feita por normas técnicas emanadas do Poder Executivo, mas hierarquicamente inferiores às leis federais.

São estas normas, portanto, que, atualmente, definem os tipos de serviço de saúde e as condições de sua prestação no âmbito do SUS, incluindo-se aí a assistência farmacêutica.

Assim sendo, dois temas centrais estão envolvidos nas decisões nas ações judiciais para o fornecimento de medicamentos, sendo eles os limites da intervenção do Judiciário e a efetivação do direito à saúde.

A questão é complexa não só porque envolve diversos atores - gestores do SUS, magistrados, profissionais de saúde e cidadãos, mas também porque o tema medicamentos não está relacionado apenas a decisões sobre políticas de saúde, mas também a decisões técnicas relativas à incorporação de tecnologia. Nesse sentido, o Judiciário não só estaria intervindo na política de saúde, mas também decidindo sem o necessário conhecimento técnico.

Por este motivo, é de suma importância que o Poder Judiciário, ao se deparar com ações judiciais referentes a medicamentos, esteja ciente dos aspectos envolvendo a matéria, sejam eles técnicos, o que inclui a padronização do produto pelo Ministério da Saúde e a efetiva necessidade de uso daquele item pelo paciente, bem como aspectos econômicos, especialmente a disponibilidade de recursos para aquisição do medicamento pleiteado.

Desta forma, diante do expressivo aumento no número de ações pleiteando medicamentos nos últimos anos⁴, entendemos importante a investigação do fenômeno, a fim de verificar se tal aumento está relacionado a uma deficiência do Estado na prestação dos serviços de saúde aos seus cidadãos, que, então, buscariam, alternativamente, o Poder Judiciário para garantir o acesso àquele medicamento que lhe foi negado na esfera executiva, fazendo valer o seu direito à saúde previsto constitucionalmente, ou se existe um tendência do Judiciário a julgar as ações de forma favorável ao requerente, amparando suas decisões apenas na norma geral da Constituição Federal sobre o direito à saúde, desprezando as normas técnicas existentes sobre o assunto.

⁴ O fenômeno não é observado só no Estado do Rio de Janeiro. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a situação é a mesma. Cf. matéria publicada no Jornal Valor de 01/06/2005, pg. E1.

A importância dessa investigação se justifica não apenas pela questão orçamentária que as ações judiciais podem gerar para o sistema de saúde em todas as suas esferas, como já vem sendo noticiado por gestores de saúde, mas também para uma melhor compreensão pelo Judiciário de um tema que envolve conflitos diversos daqueles que está acostumado a lidar, mas que lhe está sendo posto como uma questão urgente e da qual ele não poderá se abster de decidir.

Visando abordar as questões acima elencadas, o nosso estudo encontra-se dividido em dois grandes eixos, sendo um teórico e outro de análise de dados. Para melhor compreensão do tema, entendemos mais apropriado iniciar o estudo com a exposição da sua base teórica, sendo, portanto, o capítulo II dedicado a explorar o problema da eficácia do direito à saúde e da judicialização da política. No capítulo III apresentamos o método utilizado na pesquisa e na análise dos dados, além dos objetivos dessa análise. Já no capítulo IV apresentamos os resultados obtidos com a análise dos dados, levando-se em consideração os objetivos da pesquisa, e o capítulo V traz as nossas considerações finais sobre o estudo.

CAPÍTULO II – MARCO TEÓRICO-CONCEITUAL

II.1. – O DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde como direito humano

Tendo em vista que o nosso estudo se propõe a analisar ações judiciais referentes ao fornecimento de medicamentos, o tema relacionado ao direito à saúde – dentro do qual se inclui o direito ao fornecimento de medicamentos - assume grande importância. Assim, pretendemos neste capítulo fazer uma abordagem jurídica do direito à saúde, expondo os dispositivos que o consagram como direito humano em tratados internacionais, bem como a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, e, a partir daí, apresentar os principais posicionamentos dos juristas brasileiros e dos tribunais superiores na interpretação das normas constitucionais concernentes a tal direito, especialmente no que tange à sua eficácia e aplicabilidade.

Acreditamos que essa exposição será de grande valia para a compreensão dos fundamentos das decisões proferidas nas ações judiciais objeto do estudo e permitirá pensarmos em propostas para uma melhor abordagem do assunto.

O direito à saúde é, acima de tudo, um direito humano⁵ consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)⁶, que proclama, em seu artigo 25:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Da mesma maneira, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷, que se encontra dentro da Resolução 2200-A (XXI), firmada em 16/12/1966, durante a Assembléia Geral das Nações Unidas, assegura, em seu artigo 12-1, que:

Art. 12 – 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

(...)

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

⁵ Ou direito do homem como preferem alguns autores, como Alexy (1999), por exemplo.

⁶ Ratificada pelo Brasil na mesma data de sua proclamação, ocorrida em 10 de dezembro de 1948.

⁷ Só veio a ser ratificado pelo Brasil em 1992.

Ainda foram editados documentos regionais consagrando o direito à saúde como direito humano. Assim, foi a Carta Européia de Direitos Sociais (de 1961, revisada em 1996), que o consagrou em seu artigo 11, dispondo:

Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito à proteção da saúde, as Partes comprometem-se a tomar, quer diretamente, quer em cooperação com as organizações públicas e privadas, medidas apropriadas tendentes, nomeadamente:

- 1) A eliminar, na medida do possível, as causas de uma saúde deficiente;
- 2) A estabelecer serviços de consulta e de educação no que respeita à melhoria da saúde e ao desenvolvimento do sentido da responsabilidade individual em matéria de saúde;
- 3) A prevenir, na medida do possível, as doenças epidêmicas, endêmicas e outras, assim como os acidentes.

E, da mesma maneira, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de San Salvador (1988)⁸, que prevê:

Artigo 10 – Direito à Saúde

1 – Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2 – A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os estados-partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:

- a) assistência primária à saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
- b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
- d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas de saúde; e
- f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Como se verá adiante, a consagração internacional do direito à saúde como um direito humano foi fundamental para que, posteriormente, os países passassem a incluí-lo em seus ordenamentos jurídicos⁹. Nesse sentido, aponta Bobbio (2004, p. 355):

As exigências apresentadas em todos os tempos e em todos os ambientes sociais pela melhoria da condição do homem terminaram na reivindicação de liberdade e de direitos sinteticamente qualificados de Direitos Humanos. O modo e os limites em que estas reivindicações conseguiram triunfar nas diversas comunidades onde passou a ter lugar a convivência humana estão estreitamente ligados à força e ao conteúdo dos ideais humanitários que nelas

⁸ Ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 56, de 19/04/95.

⁹ Entenda-se por ordenamento jurídico o “Conjunto de preceitos (normas e regras) que formam uma unidade e cujo conteúdo, tendo como núcleo a Constituição, é integrado, em grau descendente de hierarquia, pela leis, decretos, portarias, regulamentos, decisões administrativas e negócios jurídicos individuais, e, em quadro à parte, a doutrina jurídica, vinculante (decisões judiciais), e não vinculante (opinião dos juristas).” (SIDOU, op. cit.: 611).

entraram, na qualidade de princípios de ação política, e também ao grau em que as mesmas puderam ou souberam encontrar apoio num conjunto de forças sociais capazes de as promover e de lhes assegurar de fato um respeito normal.

O direito à saúde como direito social e sua positivação constitucional

Desta forma, além da consagração do direito à saúde como direito humano em documentos internacionais, o direito à saúde passou a fazer parte das normas constitucionais relacionadas aos direitos sociais em muitos países, mormente após a Segunda Guerra Mundial com o surgimento do Estado de Bem-Estar Social¹⁰, ou seja, os direitos sociais foram positivados, passando a fazer parte do ordenamento jurídico desses países. Para que se tenha maior clareza quanto à distinção entre as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, vale citar a lição de Amaral (2001, p. 90): “*Direitos humanos* é usada para referir aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, que independem de positivação. Já a expressão *Direitos fundamentais* é empregada para referir aos direitos humanos reconhecidos em um dado ordenamento”.

Isso representou um grande avanço, porquanto, até então, os direitos assegurados constitucionalmente eram os de liberdade e os políticos, direitos estes que correspondem a deveres estatais de abstenção e de tolerância (Amaral, 2001, p. 52). Nesse sentido, Torres (2001, p. 265) observa que: “Os direitos da liberdade exibem o *status negativus*, que significa o poder de autodeterminação do indivíduo, a liberdade de ação ou de omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado”.

Alguns autores propõem uma evolução histórica dos direitos, como Marshall (1967), para quem primeiro surgiram os direitos civis, no século XVIII, também chamados por alguns autores de direitos de liberdade, que, naquele momento, estavam estreitamente relacionados à proteção da propriedade privada dos indivíduos contra os excessos praticados pelo Estado. Depois surgiram os direitos políticos, já no século XIX, como o direito ao voto, por exemplo. Por último vieram, então, os direitos sociais, já no século XX, dos quais são exemplos o direito do trabalho, o direito à assistência social, assim como o direito à saúde e à educação. Já Bobbio (2004), considera haver gerações de direitos, incluindo os de liberdade na primeira geração e os sociais na segunda, acrescentando ainda os de terceira, como o direito a viver num ambiente não poluído e os de quarta, como o direito contra manipulações genéticas.

¹⁰ São exemplos o artigo 32 da Constituição Italiana (1948) e o artigo 64 da Constituição Portuguesa.

A diferença básica entre os direitos sociais e os civis e políticos é que os primeiros, via de regra, gozam do *status positivus socialis*, que consiste nas prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e para a seguridade social (TORRES, 2001, p. 296).

Como bem destaca Bobbio (2004, p. 86)

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

No Brasil não foi diferente, a Constituição Federal de 1988 incluiu o direito à saúde no rol dos direitos sociais, mencionando expressamente em seu artigo 6º: “Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988 foram incluídos dentro do Título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais. Para que se possa entender a noção de direito fundamental, vale citar a lição de Sarlet (2006, p. 69):

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Seriam eles, assim, o resultado da positivação constitucional de determinados valores básicos, integrando ao lado dos princípios estruturais e organizacionais contidos na Constituição, o núcleo substancial da ordem normativa (SARLET, 2006, p. 72).

Mais adiante, no Título VIII, referente à Ordem Social, a Constituição dedica uma Seção exclusivamente à saúde, definindo, a partir do artigo 196, os princípios e diretrizes da política e das ações e serviços de saúde, valendo transcrever o teor do artigo que abre a Seção:

Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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.

A inclusão dos direitos sociais dentro do Título destinado aos direitos e garantias fundamentais gerou polêmica na doutrina jurídica brasileira. Muitos autores¹¹ defendem a condição de direito fundamental¹² para os direitos sociais, argumentando não só com o fato de estarem incluídos dentro do Título que dispõe sobre direitos fundamentais, mas também por serem uma exigência do Estado Social e Democrático de Direito, estando diretamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da República, nos termos do art. 1º, inciso III – da mesma forma que os demais direitos fundamentais (civis e políticos), além de serem necessários à fruição destes últimos¹³. Conforme coloca Sarlet (2006, p. 233),

O Estado Social de Direito, também denominado de Estado de Bem-Estar, distingue-se justamente por ter avocado para si a tarefa de realização da justiça social, de tal sorte que, juntamente com os direitos sociais, pode ser considerado ao mesmo tempo produto, complemento, corretivo e limite do Estado Liberal de Direito e dos clássicos direitos de defesa de matriz liberal.¹⁴

Destaque-se que, apesar de a Constituição Brasileira não falar expressamente em seu artigo 1º em Estado Social, mas apenas em Estado Democrático de Direito, a doutrina jurídica considera ser o Brasil um Estado Social e Democrático de Direito, já que o legislador constitucional incluiu dentre os fundamentos do nosso Estado o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e como objetivos fundamentais da República uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), além da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III), os quais são fundamentos e objetivos típicos de um Estado Social.

De outro lado, os defensores da posição contrária, argumentam que os direitos fundamentais¹⁵ são apenas os direitos individuais e coletivos incluídos no art. 5º da

¹¹ Dentre os que sustentam essa posição, cite-se, por exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Roberto Barroso e Eros Grau. A mesma posição também é adotada por autores estrangeiros, como Norberto Bobbio, na Itália e J. J. Gomes Canotilho, em Portugal.

¹² Conforme Alexy (1999, p. 61), “A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador”.

¹³ Assim, por exemplo, o homem só pode exercer plenamente sua liberdade ou direito de voto, caso possua saúde, educação, moradia.

¹⁴ Apesar de a Constituição Brasileira não falar expressamente em Estado social, mas apenas em Estado democrático de direito, diante do extenso rol de direitos sociais incluídos no texto constitucional, entende a grande maioria dos autores ser o Brasil um estado social e democrático de direito.

¹⁵ Para que se possa fazer uma distinção, grosso modo, entre direitos humanos e direitos fundamentais, vale transcrever a lição de Ingo Sarlet (2006, p. 35): “Em que pesem ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supra

Constituição (Capítulo I, do Título II), que exibem o *status negativus*, já que os direitos sociais não exibem a eficácia própria dos direitos fundamentais, dependendo da interposição do legislador para dotá-los de eficácia plena, constituindo normas programáticas que contêm diretivas ou princípios de justiça para o Estado. Nesse sentido expõe Torres (2001, p. 82),

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios, de normas programáticas ou de *policy*, sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especificamente na via do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.

Entretanto, mesmo havendo quem sustente não gozarem os direitos sociais do *status* de direito fundamental, com relação especificamente ao direito à saúde, nos parece que o legislador brasileiro realmente quis atribuir esta característica a tal direito, conforme se depreende da redação do art. 2º da Lei nº 8.080/90, que dispõe expressamente: “Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Na verdade, a divergência se instaurou não apenas por conta da questão da fundamentabilidade ou não dos direitos sociais, mas, na verdade, por conta de sua exigibilidade. Isto porque a interpretação dos direitos sociais como fundamentais¹⁶, posição adotada por grande parte da doutrina jurídica nacional e consolidada na jurisprudência, o que veremos adiante, confere algumas prerrogativas a esta categoria de direitos.

A mais importante talvez diga respeito à sua eficácia, já que a Constituição Brasileira conferiu aplicação imediata aos direitos fundamentais, dispondo o artigo 5º, § 1º, que “As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata”.

Ao mesmo tempo que a aplicabilidade imediata constitui uma prerrogativa para os direitos sociais, nela reside o grande problema concernente à efetivação destes direitos, ou seja, a sua efetiva proteção por parte do Estado.

Antes de entrarmos na questão da aplicabilidade dos direitos sociais, especificamente do direito à saúde, vale dizer que como norma de direito fundamental

nacional (internacional)”. Destaque-se que, na maior parte das vezes, os termos são usados como sinônimos.

¹⁶ A doutrina alemã se refere a direitos fundamentais sociais, como lembra Torres (2001, p. 283).

os direitos sociais estão dotados de uma dupla perspectiva jurídica: objetiva e subjetiva. A primeira significa que, como direito fundamental, representa para a ordem constitucional um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, contendo uma ordem dirigida ao Estado, no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de sua concretização e realização (SARLET, 2006).

Já a perspectiva subjetiva, que para nós apresenta maior importância, pois está diretamente relacionada à questão da aplicabilidade da norma, se refere à justiciabilidade ou exigibilidade que contém a norma de direito fundamental e conforme destaca Sarlet (2006, p. 179)

à possibilidade que tem o seu titular (considerando como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

Portanto, podemos dizer que o conceito de direito subjetivo pode ser resumido como sendo a faculdade de agir do indivíduo, arrimando-se em determinado procedimento, para objetivar interesse garantido pela lei. Quando o sujeito passivo da relação jurídica é o particular, fala-se em direito subjetivo privado. Se o sujeito passivo é o Estado, fala-se em direito subjetivo público.

No que toca ao direito à saúde, em tese, sua perspectiva subjetiva confere a todos os cidadãos a possibilidade de exigir judicialmente, com fundamento nos artigos 6º, 196 e seguintes da Constituição, o conteúdo, ou seja, o bem jurídico tutelado pelos referidos dispositivos constitucionais, qual seja, a saúde.

Ocorre, contudo, que como os referidos dispositivos constitucionais são extremamente amplos, até por ser amplo o próprio conceito de saúde, esbarraremos no problema do conteúdo, ou seja, daquilo que efetivamente pode ser exigido judicialmente do Estado.

Na verdade, esse problema está diretamente relacionado à característica das prestações de assistência à saúde, ou melhor, da saúde, assim considerada como um bem. Em determinadas situações ela aparece como um bem público ou comum, o que significa dizer, numa perspectiva econômica, ser ela um bem de consumo não rival, não exclusivo e não disputável. Segundo Olson (1971, apud LOPES, 2006, p. 194), um bem público

é aquele que, se qualquer pessoa X, de um grupo X1, o consumir, ele não pode praticamente ser excluído do consumo de outros daquele grupo, ou em outras palavras, aqueles que não pagam ou não compram o bem não podem ser excluídos do consumo do bem. (...) A segunda característica do bem

comum é o seu fornecimento solidário: uma vez fornecido a todos ou a muitos outros a um custo zero ou muito baixo.

Isso ocorre, por exemplo, com a vigilância sanitária, a iluminação pública, a defesa nacional, a segurança e a justiça, pois uma vez organizados podem ser usados por qualquer um de certo grupo (distrito, cidade, estado) e os custos de fornecimento não são multiplicados simplesmente pelo número de beneficiários. Desta forma, esclarece Lopes (2006) que: “os bens públicos ou comuns são necessariamente fornecidos **ut universi**, e não podem comodamente ser fornecidos (nem custeados) **ut singuli** sob pena de exclusões ilegítimas”.

Todavia, a saúde também se apresenta, em muitas situações, como um bem individual, de uso exclusivo e, portanto, de consumo rival. Nesses casos, o consumo do bem por um indivíduo significa a exclusão de outros. Para fins desse trabalho é essa característica da saúde que nos interessa, pois é desta forma que as prestações de saúde se apresentam quando os indivíduos necessitam do fornecimento de medicamentos ou tratamentos junto ao SUS. Nesses casos, estamos falando da saúde do indivíduo, do seu direito à prestação de um serviço de saúde, ou seja, estamos falando da saúde como um bem individual e do direito deste indivíduo a receber este bem do Estado, sendo certo que nessas situações o custo de seu fornecimento se multiplica pelo número de indivíduos que irão utilizar tal serviço.

Destaque-se que as expressões *bem público* e *bem individual* estão sendo aqui utilizadas numa perspectiva econômica, já que o conceito jurídico de bem público não serve a essa discussão, pois, segundo o artigo 98 do Código Civil, “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Como se vê, a questão da saúde não pode ser considerada na definição dada pelo Direito aos bens públicos e particulares. Entretanto, os conceitos jurídicos que podem ser trazidos para a discussão da temática da saúde são os de direito subjetivo e de direito da coletividade.

Quando nos referimos ao direito do indivíduo à prestação do serviço de saúde, estamos falando, numa perspectiva jurídica, de um direito subjetivo, que vem a ser a faculdade de agir do indivíduo, arrimando-se em determinado procedimento, para objetivar um interesse garantido pela lei (DICIONÁRIO JURÍDICO, p. 307). E como no caso da saúde pública tal direito é prestado pelo Estado, ou seja, é dele que se exige o

cumprimento da obrigação, falamos de direito subjetivo público. Já se fosse numa relação com um ente privado, falaríamos em direito subjetivo privado.

Por outro lado, quando falamos do direito da população a um hospital ou a condições mínimas de higiene e a campanhas de imunização estamos falando da saúde como um direito da coletividade.

O problema surge quando a saúde se apresenta como um bem particular, ou em termos jurídicos, como um direito subjetivo público. Nessas situações o exercício do direito subjetivo contra o Estado por determinado indivíduo poderá afetar o exercício do direito subjetivo de outros cidadãos, constituindo-se nesses casos como um bem exclusivo e de consumo rival.

Entretanto, ainda que a saúde se apresente em muitas situações como um bem exclusivo e de consumo rival, o fato de ser ela oferecida pelo Estado faz com que não se possa dar o mesmo tratamento que é dado a outros bens exclusivos, cuja origem é unicamente privada.

Por ser um bem provido pelo Estado, a saúde deve, em tese, e inclusive de acordo com os princípios constitucionais, ser prestada de forma equitativa, igualitária e universal. Surge, portanto, aqui, um choque entre o interesse individual e o coletivo.

Nesse contexto, e considerando-se o conceito de equidade horizontal, segundo o qual o Estado deve dar tratamento igual para necessidades de saúde iguais (PORTO, 2002), ele não poderia, por exemplo, beneficiar um único indivíduo, ao conferir-lhe determinada prestação social relacionada à saúde se tal prestação não pudesse ser conferida aos demais indivíduos na mesma situação.

Isso nos mostra que as prestações sociais atinentes à saúde, ainda quando ela aparece como um bem de consumo não rival, estão relacionadas ao problema maior da justiça distributiva, já que dizem respeito à concessão de direitos sociais por parte do Estado. Este assunto será melhor abordado no capítulo sobre judicialização, no qual discutiremos, dentre outras coisas, os limites da atuação do Judiciário em conflitos que envolvam justiça distributiva. Por ora, apenas para que possamos nos situar, basta dizer que a justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns e, por isso, quando é dado o mesmo tratamento a questões de justiça distributiva àquelas de justiça retributiva (reparação individual de danos), corre-se o risco de dar-se tratamento desigual, excluindo alguns indivíduos da distribuição dos bens fornecidos pelo Estado (LOPES, 2006).

O problema da eficácia do direito à saúde

O direito à saúde como um direito social prestacional¹⁷ de caráter fundamental, na sua perspectiva subjetiva, levanta o problema de saber qual o limite da prestação a ser reclamada pelo cidadão perante o Estado, ou seja, **é o poder público devedor de toda e qualquer prestação na área da saúde?** Além disso, pode-se questionar se os serviços prestados devem atender a padrões mínimos ou se serão serviços da melhor qualidade. Na opinião de Torres (2001, p. 287),

o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos. As prestações de medicina curativa, compreendidas no âmbito dos direitos sociais (art. 6º da Constituição), devem ser analisadas a partir dos critérios elaborados pela teoria da justiça. Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns – a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos que atendam à população segundo as condições de idade, sexo, ou domicílio. Qual é o cardíaco brasileiro que tem o direito de ser operado pelo Dr. Jatene? Qual o critério de justiça que deve presidir as opções fundamentais em torno da saúde?

Na questão do fornecimento de medicamentos, objeto deste estudo, podemos nos perguntar, da mesma maneira, se o poder público deve fornecer todo e qualquer medicamento ou se deve existir algum critério neste fornecimento.

Esse limite daquilo que deve ou não ser prestado pelo Estado diz respeito à eficácia do direito à saúde, ou melhor dizendo, à eficácia jurídica, que, como expõe Silva (1982, p. 48),

designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma como possibilidade de sua aplicação jurídica.

Podemos considerar, portanto, eficácia e aplicabilidade como sinônimos e passaremos a usar tais termos indistintamente, no que se refere ao direito à saúde.

Existem na doutrina jurídica três grandes correntes quanto à exigibilidade dos direitos sociais. Conforme coloca Amaral (2001, p. 67),

A dos que entendem ser exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas

¹⁷ Sarlet (2006) faz uma distinção, ainda, entre direitos sociais derivados a prestações e direitos sociais originários a prestações. Os primeiros seriam, por exemplo, direitos de acesso a escolas e universidades ou direitos de utilização de bens e instituições públicos. Já a saúde, assistência social e moradia seriam exemplos da segunda categoria. Para este trabalho nos referiremos genericamente a direitos sociais a prestações, englobando as duas categorias mencionadas.

os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a reserva do possível, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

Sobre a reserva do possível, destaque-se a lição de Sarlet (2006, p. 301),

apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no sistema do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

No entanto, mesmo os autores que admitem a qualidade de direito fundamental ao direito à saúde – e, portanto, sua aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º § 1º da Constituição – encontram dificuldade em definir qual seria o limite das prestações a serem exigidas do Estado por reconhecerem que não só o conteúdo desse direito, mas também a sua aplicabilidade, não se dá da mesma maneira que o direito à liberdade por exemplo, que, preponderantemente, exige uma abstenção por parte do Estado. Da mesma maneira, os custos gerados pelas prestações estatais necessárias à efetivação do direito à saúde diferem daqueles gerados pelos direitos civis. Como destaca Nabais (1990, apud, SARLET, 2006, p. 237):

os custos dos direitos sociais (como direitos a prestações) ‘concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que se amplia na exata medida dessas despesas’ ao passo que os direitos de cunho negativo (que não se reduz, como já demonstrado aos direitos de liberdade ‘clássicos’), ainda de acordo com a lição do referido autor, ‘se materializam em despesas do estado com a sua realização e proteção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito.

É bem verdade que alguns autores não abordam essa questão, limitando-se apenas a considerar que a natureza aberta das normas sobre direitos sociais não impede sua imediata aplicabilidade, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos por ocasião de sua aplicação. Entretanto, tais autores não se debruçam sobre alguns problemas que podem surgir desse “livre arbítrio” dos tribunais na definição do conteúdo dos direitos fundamentais, como é o caso do

princípio da separação dos poderes, por exemplo, que será exposto ao longo deste estudo e a questão da reserva do possível.

Porém outros autores, considerando serem finitos os recursos, mas infinitas as pretensões dos cidadãos frente ao Estado, mormente diante do conteúdo aberto dos direitos sociais, sustentam que a efetivação dos direitos sociais prestacionais encontra-se na dependência da disponibilidade de recursos por parte do Estado, ou seja, encontra limite na referida reserva do possível, elaborando critérios para a verificação das situações nas quais os direitos sociais prestacionais têm aplicação imediata.

Para o constitucionalista português Canotilho, o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais não pode resolver-se de acordo com a dimensão do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance dependerá do exame da hipótese em concreto. O referido autor também vê a efetivação dos direitos sociais dentro da mencionada reserva do possível e, portanto, na dependência dos recursos econômicos. Desta forma, a aplicabilidade imediata dos direitos sociais seria, na verdade, uma presunção de forma que a recusa na aplicação de tais direitos deve ser sempre fundamentada (BIGOLIN, 2006).

Outros autores, como Torres (2001, p. 267) defendem que apenas o “mínimo existencial”, ou seja, as condições mínimas de existência digna, pode ser garantido pelo Estado, já que este mínimo integra o núcleo da dignidade da pessoa humana, além de decorrer do direito básico de liberdade. Conforme coloca o mencionado autor,

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Torres (2001) faz uma análise dos direitos, incluindo os sociais, baseada no conceito de cidadania, por entender que é o único que pode contemplar todas as dimensões temporais e espaciais dos direitos. O autor se refere aos direitos sociais como a dimensão social da cidadania, destacando que os mesmos estão subordinados à justiça social e não se confundem com o mínimo existencial, sendo certo que apenas este último pode ser exigido do Estado, como já mencionado acima. Defende, assim, que “os direitos sociais que excedem os mínimos sociais devem se maximizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico e social, não se comprometa a saúde das finanças públicas, não se violem direitos fundamentais nem se neutralizem as prestações por conflitos internos.” (2001, p. 284).

Já o alemão Alexy (1994, apud SARLET, 2006), que influenciou bastante os juristas brasileiros, formulou modelo baseado na ponderação de princípios, no qual seriam utilizados basicamente dois critérios para o reconhecimento da existência de direitos sociais a prestações em face do Estado: a) nas situações em que forem imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; e b) quando o princípio da separação de poderes ou outros princípios que envolvam direitos fundamentais de terceiros forem atingidos apenas de forma diminuta. Assim, segundo o mencionado autor a garantia de um padrão mínimo de direitos sociais não pode afetar de forma substancial outros direitos constitucionais relevantes¹⁸.

Na esteira de Alexy, alguns autores brasileiros utilizaram o próprio conceito de mínimo existencial para delinear as situações nas quais o indivíduo pode exigir do Estado prestações referentes a direitos sociais. Talvez a abordagem mais aprofundada sobre o assunto tenha sido a de Sarlet (2006, p. 371), para quem existe a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, independentemente da concretização do legislador, já que o Estado deve assegurar um padrão mínimo de segurança social ao indivíduo, efetivando condições para uma existência com dignidade. Destaca o referido autor, contudo, que a solução para o problema deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto e, assim,

em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito *prima facie*, já que - nesta seara - não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada.

No caso do direito à saúde poderíamos exemplificar como bens constitucionais colidentes, por exemplo, o direito de determinado indivíduo ao fornecimento de um medicamento excepcional de alto valor que comprometa o direito ao fornecimento de outros medicamentos básicos para um grupo de indivíduos ou para outros indivíduos, em igual condição de saúde, que necessitem do mesmo medicamento excepcional.

¹⁸ Nesse contexto, resume Sarlet (2006, p. 367): “(...) de acordo com Alexy, apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social.

Estaríamos diante, nesses casos, de titulares de idênticos direitos sociais à prestação de saúde (fornecimento de medicamentos), cuja efetivação de qualquer das prestações significaria uma afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Amaral (2001), por sua vez, enfocando a questão básica dos recursos estatais serem finitos, elaborou critério baseado na essencialidade da pretensão requerida e na excepcionalidade da justificativa do Estado. Este autor faz, ainda, uma análise crítica dos modelos que usam como parâmetro o mínimo existencial, por entender que essa noção é fugidia e variável histórica e geograficamente, não se mostrando como critério suficiente. Acrescente-se que Amaral (2001, p. 214) defende que os critérios para a garantia das prestações sociais devem ser adotados não só pelo Executivo e Legislativo, mas também pelo Judiciário, que constantemente é chamado a decidir sobre a efetivação de prestações sociais, grande parte delas sobre a temática da saúde, assim colocando:

As pretensões positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haverá o espaço de escolha, no qual o Estado estabelecerá critérios de alocação dos recursos e, conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.

Entretanto, apesar das inúmeras construções teóricas existentes, visando definir o conteúdo e verificar as situações em que seriam exigíveis os direitos sociais prestacionais, no caso do direito à saúde, e especificamente no que toca ao fornecimento de medicamentos, a realidade tem mostrado que a questão vem sendo decidida pelos tribunais sem o uso de qualquer critério, tendo o Judiciário adotado posicionamento no sentido de deferir praticamente todos os pedidos formulados pelos cidadãos frente ao Estado, como veremos no capítulo referente à análise dos dados.

O Supremo Tribunal Federal - STF, a mais alta Corte do país, já se posicionou no sentido de reconhecer um direito “líquido e certo” à saúde, bem como considerando-a direito público subjetivo, não podendo ser reduzida à “promessa constitucional inconseqüente”, argumentos estes utilizados para cancelar as decisões proferidas pelas instâncias inferiores, que já haviam deferido os pedidos de medicamentos (conforme ROMS nº 11.183/PR, publicado no DJU em 04/09/2000 e Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicado no DJU em 24/11/2000, respectivamente).

Da mesma forma têm agido os juízes de 1ª instância, como teremos oportunidade de verificar no capítulo de análise dos dados, que usualmente deferem

quase todos os pedidos, não adotando qualquer critério racional, que leve em conta, por exemplo, a disponibilidade de recursos, ou técnico, que considere a regulamentação já existente na questão da incorporação de medicamentos.

As decisões sobre fornecimento de medicamentos são verdadeiras decisões sobre alocação de recursos, com teor nitidamente discricionário e político (AMARAL, 2001, p. 206). Assim sendo, os atores principais de tais decisões são o Legislativo e o Executivo. No entanto, o Judiciário é quem tem sido chamado a decidir nesses casos. Logicamente, que este Poder, se provocado, não pode se recusar a pronunciar-se, devendo sempre dar solução ao caso apresentado. No caso de soluções que envolvam recursos públicos e políticas sociais, torna-se necessário a adoção de critérios racionais e uma análise de cada hipótese posta, não se podendo adotar uma solução genérica para todas as situações nas quais se requer o fornecimento de medicamentos.

Reconhecemos que, na recente evolução histórica do país, é o Judiciário que ocupa o cenário como instrumento da cidadania, e que tal Poder possui legitimidade para intervenção em decisões da Administração e do Legislativo. Como coloca Schwartz (2001, p. 162),

Ao Poder Judiciário caberá a função de corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no campo sanitário, desde que provocado. Isso porque é o órgão com competência e legitimidade para tal.

A atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação que as ações positivas não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Públicos – especialmente o Executivo, pois inexistiria necessidade de uma decisão derivada do sistema judiciário caso tais Poderes cumprissem com seu papel.

Contudo, não podemos assumir que a atuação do Judiciário se dê apenas nos casos em que se faz necessária uma “correção” das decisões do Executivo. Em muitos casos, as decisões do Executivo estão derivadas e fundamentadas na regulamentação existente e em critérios racionais e, mesmo assim, o Judiciário age no sentido de revisar tal decisão. Nesses casos, poderemos estar diante de uma extrapolação de competência por parte do Judiciário, com violação ao princípio da separação dos poderes, já que o próprio Judiciário é quem não estaria agindo conforme a regulamentação do Legislativo ou do Executivo existente sobre a matéria.

Além dos critérios ou modelos para se averiguar em que situações deve ser diretamente efetivado o direito à saúde por parte do Estado, que, como já visto, são tantos, é prudente que o Judiciário leve em consideração a regulamentação já existente em matéria de política de medicamentos, o que nos parece não estar acontecendo, como veremos a seguir.

Tendo em vista que já expusemos as posições da doutrina jurídica na efetivação dos direitos sociais prestacionais, que não parecem estar sendo consideradas na atuação do Judiciário nos casos de fornecimento de medicamentos, passaremos a analisar o estágio em que se encontra a atual política de medicamentos, ou seja, o que existe de regulamentação sobre o assunto e que deve ser utilizado no fundamento das decisões judiciais.

II.2. - A ATUAL POLÍTICA DE MEDICAMENTOS E SUAS DIRETRIZES

Na esfera constitucional, os dispositivos que se referem à saúde como direito social a ser prestado pelo Estado são os artigos 6º, 196, 197 e 198.

Os artigos 6º e 196 da Constituição Federal já foram acima transcritos. Falta mencionar, portanto, os demais artigos para se ter uma exata idéia de como a matéria foi disposta na nossa carta constitucional. O artigo 197, que cuida das ações e serviços de saúde, dispõe o seguinte:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Com relação ao dispositivo acima mencionado discorrem Carvalho e Santos (1992, p. 267) que

Ao qualificar os serviços e ações de saúde como de relevância pública, não pretendeu o legislador constituinte dizer que os demais direitos humanos e sociais não têm relevância; quis o legislador talvez enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como a educação, antecipando-se, assim, à qualificação de “relevância” que a legislação infraconstitucional deverá outorgar a outros serviços, públicos e privados (...).

Já o artigo 198 trata das diretrizes do sistema de saúde e de seu financiamento. Transcrevemos aqui apenas a parte que se refere às diretrizes do sistema, já que a questão do financiamento não é objeto do nosso estudo.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

A Lei nº 8.080/90, chamada de Lei Orgânica da Saúde (LOS) foi editada com o objetivo de regulamentar os dispositivos constitucionais relacionados ao sistema de saúde, traçando, em linhas gerais, as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de tratar dos objetivos, atribuições, diretrizes e princípios do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ressalte-se que a descentralização é uma das diretrizes que norteia a Lei 8.080/90, seguindo o preceituado no artigo 198, inciso I, da Constituição Federal e que, conseqüentemente, norteia a política de medicamentos, a qual abordaremos adiante.

Com relação à questão de medicamentos, encontramos dois dispositivos na Lei nº 8.080/90 que fazem referência expressa ao assunto, ambos inseridos no artigo 6º da Lei, que trata das ações incluídas no campo e atuação do SUS. Assim temos o inciso I, letra “d”, do mencionado artigo dispondo o seguinte:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I – a execução de ações:

(...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

O mencionado dispositivo garante, portanto, a assistência farmacêutica no âmbito do SUS, não havendo como se negar que existe um direito do cidadão ao fornecimento estatal de medicamentos, incluído expressamente na legislação como parte da assistência à saúde a ser prestada pelo Estado.

Já o inciso VI do mesmo artigo 6º, dispõe que:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

(...)

VI – a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção.

Podemos dizer que a referida Lei delineou e traçou os limites da assistência farmacêutica do SUS, deixando para a regulamentação infralegal aquilo que nela ficou definido. No que toca à assistência farmacêutica, a norma infralegal que aprovou a Política Nacional de Medicamentos foi a Portaria GM nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministro de Estado da Saúde¹⁹.

¹⁹ Atualmente estão em trâmite dois projetos de lei de iniciativa do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 219/2007 e nº 338/2007) visando regulamentar a assistência farmacêutica no SUS. Ambos propõem alterações na Lei nº 8.080/90 no sentido de estabelecer limites para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS.

A referida Portaria traçou as diretrizes que devem ser adotadas pelos órgãos competentes para sua adequação à Política Nacional de Medicamentos, conforme apontado em seu artigo 2º, além de aprovar a referida Política, tendo como objetivo:

Determinar que os órgãos e entidades do Ministério da Saúde, cujas ações se relacionem com o tema objeto da Política agora aprovada, promovam a elaboração ou a readequação de seus planos, programas, projetos e atividades na conformidade das diretrizes, prioridades e responsabilidades nela estabelecidas.

Portanto, a mencionada norma traçou diretrizes, prioridades e responsabilidades para a Política de Medicamentos, sendo certo que a partir dela são elaboradas as normas específicas – na sua grande maioria Portarias – com o fim de regulamentar programas de atenção a doenças, listagem, compra e dispensação de medicamentos, divisão de competências entre União, Estados e Municípios, etc.

Além da referida Portaria, a Resolução nº 338 de 06 de maio de 2004, aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, contemplando também os três grandes eixos estratégicos já previstos na Política Nacional de Medicamentos, quais sejam, a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; a promoção do seu uso racional; e, o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais, previstos na RENAME.

Destaque-se ser plenamente possível a fixação de obrigações subsidiárias ou derivadas pela Administração Pública através de normas infralegais, tais como as Portarias. A isto se dá o nome de poder regulamentar e podemos defini-lo como o poder de a Administração criar os mecanismos de complementação das leis, indispensáveis à sua efetividade (CARVALHO FILHO, 2004).

O poder regulamentar, inerente ao Poder Executivo, está autorizado pela Constituição Federal, não só ao Presidente da República, conforme artigo 84, inciso IV, mas também aos Ministros de Estados, nos termos do artigo 87, parágrafo único, inciso II, o qual dispõe:

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de 21 anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

(...)

II – expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos;

Assim, no caso da saúde, poderá o competente Ministro de Estado expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos, nos termos do mencionado dispositivo legal. Na lição de Dallari (2000, p. 115),

A lei define os princípios e os grandes objetivos a serem atingidos pelo Estado, e o poder executivo – por meio de normas administrativas – disciplina os comportamentos para a consecução daquelas metas. (...) Entre os atos administrativos está, primeiramente, o decreto, reservado ao Chefe do Poder Executivo; esse ato só pode ser expedido para a fiel execução da lei, sendo assim, um decreto regulamentar. Convencionou-se que os demais atos administrativos normativos, emanados de autoridade que não o Chefe do Executivo, revestem a forma de resolução ou de portaria.

Alguns juristas chamam esse fenômeno de deslegalização, que, nas palavras de Moreira Neto (2001, p. 166) consiste na “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l' ordonnance*)”.

Sobre o mesmo tema, Enterría (1998), entende a deslegalização ou delegificação como a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de congelamento de grau hierárquico normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o seu grau hierárquico, de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradado.

O próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afirmar explicitamente a legitimidade constitucional da deslegalização. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 140,669-1-PE, o Ministro Relator Ilmar Galvão, afirmou que:

os princípios da legalidade, do congelamento do grau hierárquico e da precedência da lei não impedem, salvo em matérias reservadas à lei (tributos e crimes), que se adote uma “maior flexibilidade através da deslegalização ou degradação do grau hierárquico. Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos.

No caso da política de medicamentos, o conhecimento técnico para sua regulação é atribuição inerente aos profissionais do Ministério da Saúde responsáveis

pela área – atualmente do Departamento de Assistência Farmacêutica²⁰ -, não havendo como se exigir do Poder Legislativo conhecimento específico nesta seara.

Como bem expõe Carvalho Filho (2004, p. 42),

Modernamente, contudo, em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da deslegalização, pelo qual a competência para regulamentar certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (*domaine de la loi*) para o domínio do ato regulamentar (*domaine de l'ordonnance*). O fundamento não é difícil de conceber: incapaz de criar regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos.

Não obstante, é importante ressaltar que referida delegação não é completa e integral. Ao contrário, sujeita-se a limites. Ao exercê-la, o legislador reserva para si a competência para o regulamento básico, calcado nos critérios políticos e administrativos, transferindo tão-somente a competência para a regulamentação técnica mediante parâmetros previamente enunciados na lei. É o que no direito americano se denomina delegação com parâmetros (*delegation with standards*). Daí poder afirmar-se que a delegação só pode conter discricionariedade técnica.

Trata-se de modelo atual do exercício do poder regulamentar, cuja característica básica não é simplesmente a de complementar a lei através de normas de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em conseqüência, inovação no ordenamento jurídico.

Retomando a Portaria 3.916/98 - Política Nacional de Medicamentos -, cabe mencionarmos, inicialmente, que, em seu prefácio, há um esclarecimento do significado da palavra política, mencionando os objetivos da aprovação de uma política para a área, da seguinte forma:

Políticas configuram decisões de caráter geral que apontam os rumos e as linhas estratégicas de atuação de uma determinada gestão. Assim, devem ser explicitadas de forma a:

- tornar públicas e expressas as intenções do Governo;
- permitir o acesso da população em geral e dos formadores de opinião, em particular, à discussão das propostas de Governo;
- orientar o planejamento governamental no detalhamento de programas, projetos e atividades;

²⁰ Dentre as atribuições do Departamento de Assistência Farmacêutica: Normatizar, promover e coordenar a organização da assistência farmacêutica, nos diferentes níveis da atenção à saúde, obedecendo aos princípios e diretrizes do SUS. Portal do Ministério da Saúde - www.saude.gov.br, em 12/01/2007.

O DAF foi criado em junho de 2003 com a criação da Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE), por meio do Decreto nº 4.726, de 9 de junho de 2003. Essa Secretaria incorporou as funções da extinta Secretaria de Políticas de Saúde, que realizava atividades no âmbito da atenção básica. A criação do DAF foi o primeiro passo para a institucionalização da Assistência Farmacêutica no Ministério da Saúde, com estrutura própria e a atribuição de formular e implementar a Política Nacional de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica, já que antes as ações eram desenvolvidas por Assessoria Técnica, ligada diretamente ao Secretário de Políticas de Saúde. Portal do Ministério da Saúde - www.saude.gov.br, em 12/01/2007.

– funcionar como orientadoras da ação do Governo, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis.

Apontando esses objetivos, a Política Nacional de Medicamentos, em seu Capítulo 3, estabelece as diretrizes que deverão balizar as ações dos gestores do SUS, nas três esferas de governo, para “assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível (...).” (BRASIL, 1998).

As diretrizes estabelecidas são as seguintes: adoção de uma Relação de Medicamentos Essenciais; reorientação da Assistência Farmacêutica; regulamentação sanitária de medicamentos; promoção do uso racional de medicamentos; desenvolvimento científico e tecnológico; promoção da produção de medicamentos; garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; e, desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

As quatro primeiras diretrizes têm especial importância para este trabalho, mas é efetivamente a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, que pode contribuir para uma maior racionalização e fundamentação das decisões judiciais.

Como coloca Messeder, Osório de Castro e Luiza (2004, p. 23), a adoção da RENAME tem como objetivo:

racionalizar a aquisição e distribuição de medicamentos, de modo que aqueles que realmente sejam necessários estejam disponíveis para a população. Os medicamentos essenciais são aqueles considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde de uma dada população. Estes produtos devem estar continuamente disponíveis para essa população e, sendo assim, compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico. A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) deve ser constantemente atualizada, uma vez que servirá de referência para organização das listas estaduais e municipais, constituindo-se em instrumento de facilitação da descentralização de ações. No processo de atualização contínua da RENAME deverá ser dada ênfase ao conjunto de medicamentos voltados para a assistência ambulatorial, ajustado, em nível local, às doenças mais comuns da população, definidas segundo prévio critério epidemiológico.

A RENAME, desde a Portaria 3.916/98, vem sendo atualizada periodicamente, e está agora na sua 4ª edição, tendo sido a última, RENAME 2006, aprovada pela Portaria nº 2.475, de 13 de outubro de 2006, elencando 335 medicamentos essenciais. No entanto, para fins deste trabalho, a versão da RENAME que será utilizada será a de 2002, já que era a Relação em vigor à época na qual foram ajuizadas as ações judiciais objeto de nossa análise.

O artigo 2º da mencionada Portaria dispõe sobre os critérios utilizados para atualização da lista de medicamentos. Já o artigo 3º, que trata do objetivo da norma, dispõe o seguinte:

Art. 3º A RENAME 2006 norteia a oferta, a prescrição e a dispensação de medicamentos nos serviços do SUS, com a possibilidade de adaptação da relação aos perfis específicos de morbimortalidade das populações pelos estados, municípios e o Distrito Federal, garantindo-lhes o acesso a medicamentos com uso racional.

Conforme se depreende do dispositivo citado, e como consta da Política Nacional de Medicamentos, os Estados e Municípios podem adaptar suas listas de medicamentos, de acordo com seus perfis epidemiológicos, mas sempre norteados pela listagem nacional.

A despeito da existência de uma padronização nacional dos medicamentos, veremos no capítulo da análise dos dados que o Judiciário, de forma geral, não leva em consideração a padronização oficial do Ministério da Saúde, sendo certo que alguns magistrados tampouco a conhecem. Nos casos específicos de HIV/Aids, ainda encontramos decisões que levam em consideração a padronização dos medicamentos, já que ela consta expressamente da Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996. Entretanto, nos casos de outras doenças, onde temos apenas Portarias regulamentando o assunto, normas estas hierarquicamente inferiores às Leis, o Judiciário, na maior parte das decisões, sequer faz referência à padronização.

Podemos considerar, tomando por base as informações constantes do sítio do Ministério da Saúde, que a assistência farmacêutica no SUS está dividida em três grandes eixos, classificados de acordo com o tipo de medicamento. O primeiro grupo seria o dos medicamentos da atenção básica, destinados ao tratamento de agravos no nível primário de atenção. Dentro deste grupo incluem-se também os medicamentos essenciais para a área de saúde mental. Fazem parte, por exemplo, os medicamentos dos Programas de Saúde da Mulher, Alimentação e Nutrição, de Hipertensão Arterial e Diabete *mellitus*, de Asma e Rinite e de Combate ao Tabagismo (CONASS, 2007).

O outro grande eixo da assistência farmacêutica diz respeito aos medicamentos denominados excepcionais, destinados ao “tratamento de doenças específicas, que atingem um número limitado de pacientes, os quais na maioria das vezes utilizam-nos por períodos prolongados. Algumas das condições de utilização destes medicamentos englobam: Doença de Gaucher, Doença de Parkinson, Alzheimer, Hepatites B e C, pacientes renais crônicos, transplantados, portadores de asma grave, anemia, dentre outras” (Fonte: www.saude.gov.br).

Segundo o CONASS (2007),

(...) o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional possui características próprias e, também, exigências específicas para que os usuários possam acessá-los. Esse acesso é precedido por procedimentos definidos, que estabelecem os requisitos a serem atendidos pelo possível usuário. A verificação do atendimento às prerrogativas estabelecidas deve ser feita de uma forma sistematizada e divulgada a todos profissionais envolvidos. De posse da documentação, o usuário se dirige ao local definido pela Secretaria de Estado de Saúde para fazer a solicitação. Nesta etapa deve ocorrer a abertura de um processo, convenientemente identificado e protocolado, no qual é incorporada toda a documentação prevista, cumprindo assim as exigências estabelecidas.

Na seqüência, o processo passa para a etapa de avaliação da solicitação, realizada por auditores, também denominados peritos em alguns estados. Esse auditor analisa a documentação contida na solicitação, o atendimento ao protocolo clínico, a adequação da dose, entre outros, deferindo ou não a solicitação. Somente a partir do deferimento, o usuário pode ser cadastrado no programa.

Entende-se assim, que o usuário cadastrado no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional é aquele que, ao atender as normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde em portarias específicas que aprovam os Protocolos Clínicos, passa a integrar de forma efetiva o programa em questão. (CONASS, 2007)

O Programa de Medicamentos Excepcionais exige o cumprimento de determinadas regras por parte do usuário, para que ele tenha acesso aos medicamentos, o que se justifica, entre outras coisas, pelo alto custo destes produtos. Segundo CONASS (2007), os gastos federal e estadual do SUS com os medicamentos de dispensação excepcional nos últimos três anos foram os seguintes:

Tabela 1. Gastos anuais, federal e estadual, do SUS com medicamentos. Período 2003-2005

Ano	Federal (R\$)	Estadual R\$	Total R\$
2003	523.721.259	901.465.174	1.050.885.889
2004	901.465.174	547.314.282	1.448.779.457
2005	1.206.640.566	718.854.126	1.777.027.600

Fonte: Assessoria técnica do CONASS

A mais recente norma tratando do Programa de Medicamentos Excepcionais é a Portaria GM/MS nº 2.577 de 27 de outubro de 2006, que contemplou 105 medicamentos em 221 apresentações, prevendo também as quantidades máximas que podem ser apresentadas mensalmente para cada medicamento, os CID permitidos para

fornecimento e o valor do procedimento (CONASS, 2007). Contudo, a norma sobre medicamentos excepcionais em vigor à época de propositura das ações judiciais objeto de análise era a Portaria nº 1.318/GM, de 23 de julho de 2002, e que, portanto, será considerada para análise dos dados.

O terceiro eixo da assistência farmacêutica é composto pelos medicamentos estratégicos, ou seja,

todos os medicamentos utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenha protocolo e normas estabelecidas e que tenham impacto sócio-econômico. Entre estes programas podemos citar: Tuberculose, Hanseníase, Endemias Focais, DST/Aids e Sangue e Hemoderivados. Os medicamentos têm a aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e são repassados para os Estados. As secretarias estaduais têm a responsabilidade de fazer o armazenamento e distribuição aos municípios (Fonte: www.saude.gov.br).

Podemos dizer, portanto, que o elenco de medicamentos oficiais distribuídos pelo Ministério da Saúde contempla produtos incluídos nos Programas de Assistência Farmacêutica deste órgão e na RENAME. Os medicamentos não relacionados na RENAME estão, normalmente, dispostos em Portarias específicas ou, às vezes, somente constam dos referidos Programas. Para fins deste trabalho, adotaremos como padronização oficial do Ministério da Saúde o elenco de medicamentos considerado por Pontes Junior (2007, p. 34), que procedeu à “identificação dos elencos de medicamentos dos Programas de Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde e também dos medicamentos contidos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) de 2002.”

No entanto, com relação a alguns medicamentos existem leis federais que tratam do assunto. Assim, é o caso, por exemplo, dos medicamentos para HIV/Aids, cuja previsão se encontra na Lei nº 9.313/96. Mais recentemente foram editadas duas outras leis dispendo sobre política de medicamentos. A Lei nº 11.255, de 27 de dezembro de 2005, define diretrizes da Política de Prevenção e Atenção Integral à Saúde da Pessoa Portadora de Hepatite, em todas as suas formas, e a Lei nº 11.347, de 27 de setembro de 2006, mas que só entrará em vigor no prazo de 360 dias após sua publicação, dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos.

Além das mencionadas recentes Leis, estão em trâmite atualmente dois projetos de lei de iniciativa do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 219/2007 e nº 338/2007) visando regulamentar a assistência farmacêutica no SUS. Ambos propõem

alterações na Lei nº 8.080/90, no sentido de estabelecer limites para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS, sejam eles estratégicos, excepcionais ou da atenção básica.

Contudo, apesar de ainda não existir lei específica dispondo sobre os medicamentos excepcionais, como no caso dos medicamentos para HIV/Aids, existem Portarias definindo os tipos de medicamentos incluídos no programa, bem como as condições para dispensação desse tipo de medicamento, sendo a mais recente, como já mencionado acima, a Portaria GM nº 2.577, de 27 de outubro de 2006. No entanto, atualmente, existem muitas situações envolvendo esse tipo de medicamento que mais aparecem como objeto de ações judiciais, com decisões deferindo a sua dispensação pelo Estado sem que haja observância aos protocolos e diretrizes clínicas previstos para o Programa.

Com relação ao caso da Lei nº 9.313/96, cabe fazer um parêntese para expormos, ainda que de forma breve, como se deu a evolução do programa de medicamentos para portadores de HIV/Aids, incluídos no grupo dos medicamentos estratégicos, já que a referida lei foi editada anteriormente à aprovação da Política Nacional de Medicamentos pela Portaria 3.916/98.

Como coloca o estudo do Ministério da Saúde, denominado *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais* (2005) “A política de distribuição de medicamentos para os portadores de HIV/Aids especificamente foi oficializada em 1995 – e veio a afirmar a obrigação dos Poderes Públicos de distribuir toda a medicação necessária ao tratamento da aids”.

O Programa Nacional de DST e Aids foi criado em 1988, no entanto a oficialização da política de distribuição desses medicamentos se deu através da Portaria nº 21, do Secretário de Assistência à Saúde, publicada apenas em março de 1995.

Mais de um ano após a edição da referida Portaria, foi promulgada a Lei nº 9.313/96, específica sobre o assunto, que dispõe em seu artigo 1º e parágrafos:

Art. 1º. Os portadores de HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

A menção expressa à padronização, assim como a periódica revisão da lista de medicamentos disponíveis para tratamento da doença demonstra a preocupação do legislador com o assunto, de suma importância para o desempenho satisfatório do Programa HIV/Aids, ainda mais sabendo-se que os medicamentos nessa área têm um custo elevado, além de existirem constantes testes de novas drogas²¹.

Como já mencionado no início deste trabalho, as ações judiciais para o fornecimento de medicamentos para HIV/Aids foram as primeiras a surgir nos tribunais. Mesmo após a promulgação da Lei 9.313/96, a discussão sobre a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não incorporados pelo Ministério da Saúde continuou existindo, com muitos julgados passando ao largo desta questão, com o Judiciário deferindo pedidos de medicamentos fora da lista ou até mesmo inexistentes no país. Veja-se, nesse sentido, parte de voto de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Não vejo como possível limitar o fornecimento dos medicamentos ao rol constante da Portaria Ministerial (CONSENSO – fls. 141/143), posto que cada paciente é avaliado individualmente e, conforme o seu estado clínico, é medicado de acordo com essa avaliação, ou seja, com as condições existentes no momento do mesmo tratamento. Se a combinação de medicamentos, pela autoridade da chancela médica que a prescreve, é o melhor para o tratamento de determinado paciente, não pode o fornecimento desses medicamentos ficar limitado ao convencionado pelo Ministério da Saúde. (Recurso Especial 325.337-RJ, Terceira Turma, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ, em 03/09/2001. Fonte: www.stj.gov.br)

Apesar de ser essa a posição dominante do Judiciário, existem algumas decisões que condicionam o fornecimento dos medicamentos à sua prévia incorporação à lista do Ministério da Saúde e à sua disponibilidade no país. Para ilustrar, vejamos acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região em recurso contra decisão liminar de juiz de primeira instância:

1. Ao impor à Administração a obrigação de fornecer todo e qualquer medicamento aos portadores de HIV/Aids, mesmo os não constantes na lista oficial do Ministério da Saúde, a sentença é incompatível com os limites legais.
2. A sentença, com a determinação genérica e universal nela contida, assume um indisfarçável caráter normativo de extensão subjetiva tão abrangente quanto o da própria lei, mas em sentido contrário a ela. Em outras palavras,

²¹ Atualmente, os medicamentos anti-retrovirais que constam do Consenso Terapêutico do Ministério da Saúde são os seguintes: Abacavir 300mg, Abacavir sol Oral, Amprenavir 150 mg, Amprenavir sol Oral, Atazanavir 150 MG, Atazanavir 200 MG, Didanosina 25 mg, Didanosina 100 mg, Didanosina Sol Oral, Didanosina EC 250mg, Didanosina EC 400mg, Efavirenz 600 mg, Efavirenz 200 mg, Efavirenz Sol. Oral, Estavudina sol Oral Estavudina 30 mg, Estavudina 40 mg, Indinavir 400mg, Enfurvirtida Kit , Lamivudina Sol Oral, Lamivudina 150 mg, Lopinavir 133,3 mg + Ritonavir 33,3 mg, Lopinavir 400 mg + Ritonavir Sol Oral, Mesilato de Nelfinavir 292,25 mg (250 mg), Nelfinavir Sol. Oral, Nevirapina 200 mg, Nevirapina Susp. Ora, Ritonavir 100 mg, Ritonavir Sol. Oral, Saquinavir 200 mg, Talidomida 100mg, Tenofovir 300 mg, Zidovudina 100 mg, Zidovudina 200mg/20ml Injetável - Zidovudina 300mg + Lamivudina 150mg, e Zidovudina Solução Oral.

tem, na prática, uma eficácia revocatória da lei, imprópria para os provimentos jurisdicionais.

3. É preocupante, para não dizer temerário, liberar a utilização de medicamentos importados ou fabricados no país sem a prévia aprovação e controle das autoridades sanitárias. Substituir a análise técnica por simples imposição sentencial significa assumir, jurisdicionalmente, uma atividade própria dos responsáveis pela saúde pública, o que configura ofensa à ordem administrativa.

4. O cumprimento da sentença obrigaria a União, haja vista a limitação do seu orçamento, a remanejar recursos de outras áreas da saúde, comprometendo, inclusive, o programa oficial de combate à AIDS. (Agravo na suspensão de execução de liminar, nos autos do processo 200204010571409/SC, Corte Especial, relator Nylson Paim de Abreu, julgado em 22/05/2003, publicado no DJU em 04/06/2003. Fonte: www.trf4.gov.br)

Podemos observar, portanto, que a questão não é pacífica no Judiciário, sendo dominante, entretanto, a posição que obriga o Estado a prestar os medicamentos prescritos pelo médico, ainda que não tenha havido sua incorporação e que não esteja aprovado pelas autoridades sanitárias.

Encontramos, entretanto, no Superior Tribunal de Justiça, acórdão recente que atentou para a questão da padronização, e, apesar de se referir a prótese e não a medicamento, menciona expressamente a necessidade de se observar a listagem oficial do Ministério da Saúde, aplicando-se plenamente ao caso dos medicamentos, valendo aqui transcrever sua ementa:

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO. LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. FORNECIMENTO INDISCRIMINADO DE PRÓTESES. POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública.

2. Compete à Administração Pública fixar as diretrizes da política social e econômica que visam à saúde de toda população.

3. Agravo Regimental não provido. (Agravo Regimental no Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada nº 81 - SC 2004/0062451-9, Relator Ministro Edson Vidigal. Publicado no DJ de 29/08/2005. Fonte: www.stj.gov.br)

E mais recentemente, em março do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal, através de decisão da Ministra Ellen Gracie, suspendeu liminar concedida por juiz de 1ª instância, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Estado de Alagoas, que tinha por objeto a determinação genérica de que o referido Estado fornecesse “todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados

renais e pacientes renais crônicos”²². A Ministra, no caso mencionado, atentou não somente para a questão da padronização, mas também para a repartição de competências entre as esferas municipal e estadual, decidindo que ao Estado compete fornecer tão somente os medicamentos contemplados na Portaria que regulamenta os medicamentos excepcionais, à época, a Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde, assim dispondo a decisão:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

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. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal.

(...)

Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde. (Fonte: www.stf.gov.br)

A nosso ver, parece que os Tribunais Superiores estão começando a reconhecer a importância da padronização como condição para viabilidade do sistema público de saúde, reformando decisões proferidas por juízes de instâncias inferiores. Entretanto, os processos que chegam aos Tribunais Superiores são poucos, se comparados aos que são decididos diariamente pelos juízes de 1ª instância, que parecem ainda não estar levando em consideração em suas decisões a questão da padronização, o que poderemos constatar no capítulo dedicado à análise dos dados.

Retomando as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos, com relação à reorientação da assistência farmacêutica, podemos dizer que o seu objetivo é

²² Decisão na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, Relatora Ministra Ellen Gracie, tendo como requerente o Estado de Alagoas e requerido o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, publicada no Diário de Justiça de 05/03/2007.

implementar atividades para promover o acesso da população aos medicamentos essenciais, com fundamento na descentralização da gestão, especialmente com aquisição e distribuição de medicamentos no nível municipal, não isentando, contudo, os gestores estaduais e federal da responsabilidade em situações especiais (MESSEDER; OSÓRIO DE CASTRO; LUIZA, 2004).

A questão da descentralização também tem importância para o nosso trabalho, porquanto está diretamente relacionada à competência das esferas de governo no fornecimento de medicamentos.

Note-se que a definição de competência entre as esferas de governo não é só uma exigência da política de medicamentos do SUS, mas do próprio Estado Brasileiro. Com relação à saúde, o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal define que é competência comum da União, Estados e Municípios cuidar da saúde. Portanto, se todos os entes devem cuidar da saúde, a cada um devem ser atribuídas tarefas, norteadas sempre pela diretriz da descentralização (artigo 198, I da Constituição), a fim de que se possa implementar efetivamente o SUS.

De acordo com o disposto na Portaria 3.916/98, a descentralização da assistência farmacêutica, deve se dar, resumidamente, nos seguintes moldes, como colocam Messeder, Osório de Castro e Luiza (2005, p. 526):

O nível de gestão municipal, aquele mais próximo da população, seria o responsável pela execução das ações, incluindo a dispensação de medicamentos essenciais, tanto aqueles adquiridos por ele próprio, quanto os fornecidos pelos outros dois níveis da gestão. À gestão estadual caberia a responsabilidade de organização e coordenação das ações de assistência farmacêutica dentro do Estado, além da responsabilidade específica quanto à dispensação dos medicamentos de alto custo (ou excepcionais). O gestor federal seria responsável pela regulação de todo o sistema, devendo providenciar os mecanismos de financiamento, bem como propor as diretrizes das ações a serem implantadas pelos estados e municípios.

Destaque-se que tanto estados como municípios devem definir suas relações de medicamentos, com base na RENAME e no perfil epidemiológico e nosológico local (BRASIL, 1998).

Entretanto, como a Portaria 3.916/98 explicita em seu próprio prefácio, ela apenas orienta as esferas de governo no planejamento da política de medicamentos; uma série de outras Portarias foram editadas pelo Ministério da Saúde com o fim de definir o financiamento, a compra e a distribuição de medicamentos. Assim, temos, por exemplo, a Portaria nº 176, de 8/03/99, regulamentada posteriormente pela Portaria nº 956, de 25/08/2000, que estabelece critérios e requisitos para a qualificação dos municípios e

estados no incentivo à Assistência Farmacêutica Básica e define valores a serem transferidos.

Apesar da existência das regulamentações acima referidas, tais normas são observadas apenas na esfera administrativa – entre gestores federal, estadual e municipal -, já que o Judiciário, como veremos, se orienta apenas pela expressão do artigo 196 da Constituição Federal, que afirma ser a saúde *dever do Estado*.

Quanto à regulamentação sanitária de medicamentos, também diretriz na Portaria 3.916/98 e que está diretamente relacionada ao registro de medicamentos, sua importância para este trabalho se destaca na medida em que algumas ações judiciais, que tiveram pedidos deferidos, versam sobre medicamentos importados e ainda sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Esta questão não só pode apresentar um problema para o usuário, pois não existe eficácia comprovada do produto, como para o Estado, que é obrigado a adquirir medicamentos de custo muito elevado.

Finalmente, e também relacionada com a diretriz acima apontada, está a promoção do uso racional de medicamentos. Esta diretriz se baseia em ações voltadas não só para o consumo de medicamentos pelos usuários, mas também na prescrição de medicamentos pelos profissionais de saúde. Como já dito acima, muitas ações versam sobre medicamentos ainda sem registro e para que exista um pedido judicial nesse sentido é necessário que tenha havido a prescrição médica.

Uma questão que tem influência direta na atuação dos médicos são os recursos de propaganda utilizados pela indústria farmacêutica, que exercem forte pressão sobre os profissionais médicos. O papel destes profissionais é fundamental para que se garanta o uso racional de medicamentos. No entanto, conforme expõe Temporão (1986, p. 89):

Podemos especular que um jovem médico recém-saído da universidade detém um arsenal terapêutico que foi adquirido através de:

1 – Contato com propagandistas de laboratório durante os anos de formação, que diariamente mantém contato com estudantes nos hospitais de ensino;

2 – Medicamentos utilizados em pacientes de enfermaria, conhecidos inicialmente por seu professor ou instrutor de leito, que por sua vez também se guiam pelo nome de “marca”;

(...)

Ou seja, a capacidade deste profissional, de optar entre tantas marcas de fantasia, a nosso ver, se situa nos limites dados pela indústria farmacêutica e suas práticas de promoção. Estudo clássico realizado pelo Sainsbury Report entre cerca de 500 médicos demonstrou que os representantes de laboratório apareciam como a principal fonte utilizada para saberem da existência de um novo produto, além disso, 61% dos médicos consideraram os representantes como fonte boa ou razoável para se saber da eficiência de um novo produto.

Mais recentemente Vieira (2004), em sua tese de doutorado, concluiu que grande parte das propagandas de medicamentos dirigidas aos médicos e distribuídas pelos visitantes de indústrias farmacêuticas em consultórios traz informações pouco confiáveis, privilegiando benefícios em detrimento dos riscos, omitindo ou alterando dados importantes sobre os fármacos

Destaque-se que a indústria farmacêutica movimenta anualmente bilhões de dólares, configurando-se como um dos mais lucrativos segmentos da economia, e encontra-se, ao contrário de outros segmentos, em franca expansão. De acordo com Magalhães e Carvalho (2003, p. 84), que se utilizaram da pesquisa de *Markets Potential* (2002), “No período de agosto de 2000 a setembro de 2001 esse mercado cresceu 11% e estima-se em 9% a taxa anual média de crescimento até 2005”.

Observa-se, portanto, que a indústria farmacêutica é também um fator de influência sobre os profissionais de saúde, responsáveis pela prescrição de medicamentos e que estão diretamente envolvidos na execução da Política Nacional de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica, o que pode vir a influenciar negativamente a promoção do uso racional de medicamentos, sendo importante que qualquer decisão sobre o assunto leve em consideração esse aspecto.

Dessa forma, como bem colocam Messeder, Castro e Luiza (2005, p. 25):

o processo de descentralização iniciado com essa Política de Medicamentos contempla a padronização de produtos, o planejamento adequado e oportuno das ações de Assistência Farmacêutica e a redefinição das atribuições das três instâncias de gestão. Através das diretrizes definidas e expostas acima, observa-se o direcionamento para a padronização e produção de medicamentos essenciais com base na RENAME.

E seguem alertando, opinião por nós corroborada (2005, p. 25),

que a não adoção de uma relação de medicamentos essenciais possa provocar o colapso do sistema, face a multiplicidade de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado, sendo imperioso que a área pública tenha como referência uma padronização, com base em critérios de seleção, como, por exemplo, custo/benefício, dose/efetividade, risco/benefício e efetividade/eficácia.

Após termos tentado expor os problemas relacionados à interpretação dos dispositivos constitucionais relacionados à saúde, bem como o atual estágio da Política Nacional de Medicamentos, passaremos no capítulo seguinte a analisar a expansão da atuação do Poder Judiciário nos conflitos que dizem respeito à saúde, bem como os problemas vinculados a esta atuação.

II.3 – A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: JUDICIALIZAÇÃO

Conceito de judicialização

A análise das ações judiciais, incluindo a forma de atuação e o comportamento do Poder Judiciário sobre os objetos destas ações, nos remete necessariamente a um tema que vem sendo muito discutido nos últimos tempos pela Ciência Política e, mais recentemente, pelo Direito, chamado judicialização.

Em termos genéricos, podemos considerar a judicialização como o fenômeno constituído pela influência do Poder Judiciário nas instituições políticas e sociais.

No Brasil, o tema passou a ser estudado, basicamente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e sob a influência da obra coordenada por Tate & Vallinder (1995), denominada *The Global Expansion of Judicial Power*.²³ A obra, além de conceituar o que vem a ser a judicialização da política, faz uma análise das causas e condições para ocorrência deste fenômeno, além de uma análise empírica comparada da expansão do Poder Judiciário em diversos países de diferentes continentes.

Se levarmos em consideração apenas o uso do termo judicialização iremos nos deparar com uma série de significados. Como apontam Maciel & Koerner (2002, p. 115), “a expressão ganhou o debate público, e com isso, multiplicaram-se os seus usos e sentidos, tornados às vezes contraditórios”.

Estes autores fazem uma breve análise dos vários usos e sentidos do termo, desde o seu sentido normativo, que é o mais comum, até a utilização da expressão no sentido de processo político e social. Em seu sentido normativo, a expressão é utilizada, por exemplo, para se referir à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente, ou, ainda, para indicar a preferência pela utilização da via judicial para a resolução de determinada causa. No sentido de processo político e social, a expressão é utilizada para indicar, por exemplo, a expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial ou o simples aumento do número de processos nos tribunais (MACIEL & KOERNER, 2002).

Entretanto, apesar dos inúmeros sentidos dados à expressão judicialização, a expressão ganha um conceito mais uniforme quando se refere especificamente à judicialização da política. Tate & Vallinder (1995) consideram que a judicialização da política e a politização da justiça seriam expressões correlatas que indicariam os efeitos

23 Entretanto, nos Estados Unidos, o fenômeno vem sendo estudado desde a década sessenta, principalmente por Martin Shapiro, que publicou, entre outros, *The Supreme Court and Public Policy*, em 1962.

da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas (MACIEL & KOERNER, 2002).

Veremos mais adiante que no Brasil também foi estudada a judicialização das relações sociais, que indicaria o fenômeno de crescente invasão do direito na vida social.

Segundo Vallinder (1995), que conceituou a expressão, a judicialização da política pode se dar de várias formas, mas o autor aponta as duas mais notáveis. A primeira, e mais comum, resultaria da atuação dos tribunais através da revisão judicial dos atos do legislativo e do executivo, baseada na Constituição e nos mecanismos de *checks and balances*²⁴, representando uma expansão do poder dos tribunais ou dos juízes em detrimento da esfera política ou administrativa. A segunda se daria através da introdução ou expansão dos métodos de tomada de decisão utilizados pelos tribunais para fora da esfera propriamente judicial. Resumidamente, pode-se dizer que a judicialização da política indica a expansão do poder judicial e decorre da relação inevitável entre direito e política. Nas palavras de Vallinder 1995, p. 13):

*Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper.*²⁵

A primeira forma de judicialização da política, que resultaria do poder de revisão dos atos legislativos e administrativos pelos tribunais, é chamada pelo autor de judicialização *from without*, e, de acordo com suas palavras (VALLINDER, 1995, p. 15),

(...) this form would amount to placing the third branch of government above the first and second ones. However, the basis of judicial review of legislative action is, of course, the codified constitution of the country. Since that document has been enacted by the legislature, or, as in the United States, by a constitutional convention, this form of judicial review should really imply keeping the legislature within its proper limits as stated in the constitution and thus protecting it from wrongful use of its powers. Somewhat in the same vein, judicial review of executive action may often be said to entail enforcing

²⁴ Sistema de freios e contrapesos: *Sistema inspirado na trilogia dos Poderes, peculiar aos Estados democráticos e que estabelece a separação e harmonia entre eles, não permitindo o despotismo de um sobre os demais, mediante a contenção do poder pelo poder.* Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª Edição, p. 688.

²⁵ Assim a judicialização da política normalmente significa tanto (1) a expansão da atuação dos tribunais ou dos juízes em detrimento da esfera política e/ou administrativa, isto é, a transferência do poder de decisão do legislativo, do gabinete ou da casa civil para os tribunais; ou, ainda, (2) a expansão dos métodos de decisão usados pelo judiciário para fora da esfera de atuação dos tribunais. Tradução livre da autora.

*the decisions of legislative majority by applying the ultra vires principle to the action in question*²⁶

Para clarificar o significado desse tipo de judicialização, podemos utilizar a síntese de Tate (1995, p. 28), que conceitua o fenômeno como “*the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives (...)*”.²⁷

Já a segunda, caracterizada pela utilização de procedimentos tipicamente judiciais no Executivo, do qual são exemplos os tribunais ou juízes administrativos e no Legislativo, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito (MACIEL & KOERNER, 2002), é chamada por Vallinder (1995, p. 16) de judicialização *from within* e, nas suas palavras, significa “*the introduction or expansion of judicial staff or judicial working methods in the administrative sector. Here one example can be found in the development within the administrative tribunals in Britain*”.²⁸

Podemos aqui, também, acrescentar a definição de Tate (1995, p. 28), para melhor compreender o significado do fenômeno, que o conceitua nos seguintes termos: “*the process by which nonjudicial negotiating and decision – making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures*”.²⁹

Um exemplo brasileiro de judicialização *from within* ocorrida no Poder Executivo são os processos administrativos instaurados nas agências reguladoras para apuração de irregularidades cometidas pelas pessoas jurídicas integrantes do setor regulado (por exemplo, no caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, as operadoras do mercado de saúde suplementar e, no caso da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, as operadoras concessionárias do serviço de telefonia). Apesar de serem processos administrativos, norteados pela Lei nº 9.784/99 e pelas

²⁶ Esse formato situaria a terceira esfera de governo (Judiciário) acima da esfera legislativa e administrativa. No entanto, a base da revisão judicial dos atos legislativos é a constituição do país. Tendo em vista que esse documento foi promulgado pelos próprios legisladores, ou, no caso dos Estados Unidos, por uma assembléia constituinte, esse formato de revisão judicial deveria implicar controlar a ação do legislativo, como estabelecido na constituição, e também proteger a sociedade do abuso de poder. Da mesma forma, a revisão judicial dos atos administrativos também pode ser tida como uma forma de controlar as decisões da maioria legislativa. Tradução livre da autora.

²⁷ O processo pelo qual os tribunais e os juízes decidem ou controlam as políticas públicas previamente estabelecidas pelas demais esferas de governo, especialmente o executivo e o legislativo. Tradução livre da autora.

²⁸ A introdução ou expansão do aparato judicial ou dos métodos de decisão do judiciário na esfera administrativo. Um exemplo pode ser observado pelo desenvolvimento dos tribunais administrativos na Inglaterra. Tradução livre da autora.

²⁹ O processo pelo qual esferas não judiciais de negociação e decisão passam a ser dominadas por procedimentos e normas quase judiciais (legalistas). Tradução livre da autora.

normas internas do órgão regulador, se assemelham em vários aspectos ao processo judicial, sendo certo que os agentes públicos se tornam verdadeiros julgadores ao decidirem processos dessa natureza, que podem resultar em sanções para aquelas pessoas jurídicas.

Apesar de Vallinder (1995) apontar dois significados para a expressão judicialização da política, este trabalho se aterá, especialmente com foco no caso brasileiro, ao tipo *from without*, já que analisaremos algumas decisões judiciais e tais atos estão diretamente relacionados à atuação e eventual expansão do poder dos tribunais, fenômeno que é estudado neste tipo de judicialização.

Assim, procuraremos, primeiramente, expor genericamente as causas e condições para ocorrência da judicialização da política, partindo da análise de Vallinder (1995), para, então, posteriormente, estudarmos a ocorrência do fenômeno no caso brasileiro, com apoio em trabalhos brasileiros sobre o assunto, como o de Werneck Vianna *et al* (1999) e o de Carvalho (2004).

Causas da expansão do Poder Judiciário

Reconhecendo que nos Estados Unidos se encontram os primeiros traços da ocorrência do fenômeno da judicialização da política, pela sua tradição de um Judiciário forte desde o século XIX³⁰ e utilizando o paradigma do sistema judicial americano para sua análise, Vallinder (1995) admite que certo grau de judicialização é verificado em quase todos os países que adotam regimes democráticos e, assim, aponta alguns fatores que serviram de base para a expansão do Poder Judiciário mundo afora, afirmando que as causas precisas em cada país variam de acordo com a sua história.

Assim, o primeiro fator citado pelo autor é a expansão de regimes totalitários na Europa no início da década de 30 e suas desastrosas conseqüências para os direitos individuais dos cidadãos. Com o fim da Segunda Guerra, os países europeus discutiram meios para conter a força do Poder Executivo e as formas de defender os direitos individuais no futuro. Na Alemanha, por exemplo, surgiu uma nova Constituição, incluindo um rol extensivo de direitos individuais, uma corte constitucional e a previsão de revisão judicial dos atos do Poder Executivo.

30 A idéia de controle da constitucionalidade realizado por órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso Madison *versus* Marbury, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803, no qual o juiz Marshall afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo (MORAES, 2002, p. 587).

O segundo fator mencionado também está relacionado ao pós-guerra, especialmente à vida política e econômica do período, já que, neste momento, surgiram políticas voltadas para o desenvolvimento social e econômico, que acabariam por promover reformas nas leis e na organização do Judiciário, para que esta esfera de Poder pudesse conter as ações do Executivo e do Legislativo.

Outro fator relacionado à expansão do Judiciário diz respeito ao resgate, após o segundo pós-guerra, das teorias do direito natural pelo Direito e pela Ciência Política, inspirando novos filósofos ao desenvolvimento de teorias próprias sobre direito natural, como as obras *A Theory of Justice*, de John Rawls, de 1971, e *Taking Rights Seriously*, de Ronald Dworkin, de 1978, acirrando o debate público em torno dos direitos e liberdades dos indivíduos e sua proteção pelo Estado.

Mais um fator apontado pelo referido autor foi a queda do comunismo e a elevação dos Estados Unidos à superpotência, que fez com que as instituições americanas, especialmente o Judiciário, que sempre possuiu enorme força, graças ao seu poder de revisão, passassem a ser vistas como um ideal de democracia por muitos países.

Na Europa, a influência da teoria constitucional de Hans Kelsen, segundo a qual

O direito se define, primeiramente, por sua eficácia específica: é uma ordem imanente de coerção. Por outro lado, essa ordem apresenta uma forma particular: ela possui uma estrutura hierarquizada ao mesmo tempo estática e dinâmica. Dinâmica, porque cada norma é enunciada de acordo com o procedimento prescrito por uma ordem superior; estática, porque cada norma deve ter um conteúdo conforme, ou pelo menos compatível, com o conteúdo de uma norma superior, de sorte que pode ser considerada como a concretização dessa norma superior. Uma vez que as normas situadas nos graus mais elevados da hierarquia são menos numerosas que as normas inferiores, Kelsen compara a estrutura da ordem jurídica a uma pirâmide. (HUISMAN, 2004, p. 564)

Portanto, de acordo com Kelsen, a Constituição representa a norma superior do ordenamento jurídico (o topo da pirâmide), de forma que toda a produção legislativa deve se dar de acordo com as normas constitucionais; e, caso contrário, a norma não dispõe de validade dentro do ordenamento jurídico, devendo ser dele retirada, atividade esta que caberá aos tribunais, através da revisão judicial dos atos do Legislativo.

Por fim, Vallinder (1995) aponta o fortalecimento dos direitos humanos, com a promulgação de importantes documentos, tais como Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950), e através do esforço de diferentes organizações internacionais que disseminaram o fortalecimento do

Judiciário como forma de controlar os abusos cometidos pelos Estados contra os direitos individuais dos cidadãos.

Outros estudiosos do assunto, tais como Ibañez (2003) e Santos (2001), acrescentam ainda como causas o interesse econômico global na reforma e fortalecimento do Poder Judiciário para desenvolvimento e administração do Estado não intervencionista; o vazio deixado pelos demais poderes representativos (Executivo e Legislativo), provocando uma mudança de postura dos tribunais; a pressão da sociedade civil; e, a constitucionalização dos direitos fundamentais (apud CARVALHO, 2004, p.117).

Assim, a democratização social trazida pelo regime do *Welfare State* e as constituições surgidas na América e Europa, nos anos 70, após o nazi-fascismo, informadas pela positivação dos direitos fundamentais, foram essenciais para o processo de redefinição das relações entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. No caso brasileiro, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 é um exemplo claro dessa nova relação entre os Poderes, já que a positivação dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, e princípios como o da dignidade da pessoa humana e o de acesso à justiça, exigiram uma nova postura do Poder Judiciário, de forma a viabilizar a efetivação e aplicação desses direitos e princípios às demandas da sociedade. Nas palavras de Werneck Vianna et al (1999, p. 22), “(...) o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta de facilitação do acesso à Justiça”.

Condições para ocorrência da judicialização da política

Além das causas para a expansão do Poder Judiciário, apontadas por Vallinder (1995) e outros autores, Tate (1995, p. 28), por sua vez, enumera condições políticas que atuariam como facilitadoras do fenômeno.

Assim, aponta este último autor oito condições que facilitariam, ou, às vezes, entende que seriam necessárias ao surgimento da judicialização da política. A primeira condição exposta é a existência de um regime democrático. Segundo o autor,

It is hard to imagine a dictator, regardless of his or her uniform or ideological stripe, (1) inviting or allowing even nominally independent judges to increase their participation in the making of major public policies, or (2) tolerating decision-making processes that place adherence to legalistic

*procedural rules and rights above the rapid achievement of desired substantive outcomes*³¹.

No caso da democracia seria ela não somente uma condição facilitadora, mas necessária ao surgimento da judicialização da política. Aliás, a importância do regime democrático se dá não só pela conquista dos direitos políticos, mas também pela conquista dos direitos sociais, culminando com a consolidação do Estado Assistencial ou *Welfare State*. Sobre o assunto, bem expõe Bobbio (2004, p. 417):

Segundo Marshall (1964), podemos distinguir na história política das sociedades industriais três fases: a primeira (ao redor do século XVIII), domina-a a luta pela conquista dos direitos civis (liberdade de pensamento, de expressão...); a fase seguinte (ao redor do século XIX) tem como centro a reivindicação dos direitos políticos (de organização, de propaganda, de voto...) e culmina na conquista do sufrágio universal. É precisamente o desenvolvimento da democracia e o aumento do poder político das organizações operárias que dão origem à terceira fase, caracterizada pelo problema dos direitos sociais, cujo acatamento é considerado como pré-requisito para a consecução da plena participação política. O direito à instrução desempenha historicamente a função de ponte entre os direitos políticos e os direitos sociais: o atingimento de um nível mínimo de escolarização torna-se um direito-dever intimamente ligado ao exercício da cidadania política.

No entanto, ainda segundo o autor, apenas a existência da democracia também não seria suficiente para o surgimento do fenômeno.

A segunda condição seria a existência, dentro do regime democrático, do princípio constitucional da separação dos poderes como estruturador da ordem política. A existência de tal princípio significa, entre outras coisas, um Judiciário independente e em condições de igualdade com as demais esferas de governo - Executivo e Legislativo -, permitindo que se envolva, ainda que dentro de suas competências - aplicação da lei -, em decisões sobre políticas públicas. Assim, sustenta Cappelletti (1993, p. 19): “Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de *‘checks and balances’*, à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno”.

Todavia, segundo Tate (1995), o princípio da separação dos poderes seria uma condição facilitadora, mas não necessária, e muito menos suficiente, ao surgimento da judicialização da política.

³¹ É difícil imaginar um ditador, independentemente do seu país ou ideologia, (1) convidar ou permitir juízes singulares a expandir sua participação nas decisões sobre políticas públicas, ou (2) tolerar processos de tomada de decisão baseados em procedimentos legalistas, em direitos ou normas, em detrimento da obtenção de resultados mais rápidos. Tradução livre da autora.

Como terceira condição, e extremamente relevante segundo o autor, seria a existência de uma política baseada em direitos (*politics of rights*), ou seja, a existência de direitos fundamentais previstos constitucionalmente ou, ainda que na ausência de documento formal reconhecendo direitos fundamentais, ao menos a aceitação de que os indivíduos ou as minorias possuem direitos que podem ser exercidos contra ações arbitrárias da maioria. A posição ocupada pelo Judiciário permitiria a aplicação das normas em favor das minorias, disseminando sua orientação política, inclusive, para uso em instâncias não judiciais. Conforme expõe Lopes (2006, p. 193):

Neste sentido, nos anos 60 e 70, a revolução dos direitos (the rights revolution) terminou por confundir duas ordens de direitos: de um lado, aqueles reivindicados pelo movimento de direitos civis (antidiscriminatórios) e, de outro, os direitos da *Great Society*, pregada por Johnson (proteção ambiental, direitos sociais, proteção dos consumidores, medidas e políticas redistributivas de renda em geral).

Outra condição apontada seria o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, especialmente grupos de natureza sócio-econômica (confederações sindicais ou entidades de classe), que permeiam o sistema político. Mas até minorias, que buscam seus direitos nos tribunais também podem ser consideradas como grupos de interesse (movimento homossexual ou movimento negro). A partir do momento que tais grupos descobrem o uso dos tribunais como forma de atingir seus objetivos, o procedimento judicial passa a ser cada vez mais disseminado e, por outro lado, os juízes se envolvem cada vez mais com questões políticas.

O uso dos tribunais pelos partidos de oposição, especialmente o uso dos tribunais constitucionais (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal), também seria uma condição facilitadora do surgimento da judicialização da política, pois à medida que os partidos de oposição ou o próprio governo tentam modificar a legislação ou impedir iniciativas governamentais através de ações judiciais, o Judiciário necessariamente passa a ser o poder de tomada de decisões políticas.

Diretamente relacionada a esta condição e também apontada por Tate (1995) seria a ineficácia das instituições majoritárias nos governos, ou seja, quando o governo não possui a maioria no Congresso, nem possui coalizões ou partidos políticos aliados de expressividade, acaba por não ter apoio para desenvolver as políticas pretendidas, tendo de recorrer aos tribunais para governar, levando, mais uma vez à instância judicial, decisões eminentemente políticas.

Finalmente, a última condição apontada por Tate (1995) seria a delegação intencional de questões políticas ao Judiciário pelas instituições majoritárias. Muitas

vezes, o Legislativo e o Executivo preferem não decidir sobre demandas de baixo interesse ou que agreguem alto custo, servindo como exemplos a questão da reforma e do financiamento do sistema de educação e do sistema penitenciário nos Estados Unidos, que acabaram parando nos tribunais, já que o governo não queria enfrentar escolhas envolvendo o aumento de impostos ou a realocação de recursos para o benefício de grupos não populares, como prisioneiros ou comunidades carentes.

Tate (1995, p. 33), ao concluir o estudo das condições favoráveis à judicialização, destaca que, mesmo na presença de todas as condições, a expansão do Poder Judiciário pode não ocorrer. Isto porque a judicialização depende, sobretudo, da intenção desta esfera de Poder em participar do *policy-making*, ou seja, de uma posição ativista do Judiciário. Daí que a escolha dos juízes em serem mais ou menos ativistas e imporem suas próprias soluções políticas é que determinariam até onde iria a judicialização. Dessa forma, nas palavras do autor,

*Judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions.*³²

Além disso, a pesquisa empírica contida na obra organizada por Tate & Vallinder (1995), que inclui os casos dos Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, França e Alemanha, entre outros, mostra que o ativismo judicial é visto pela maioria dos juízes como um importante instrumento, que pode ser utilizado para reforçar seus próprios valores políticos.

O caso brasileiro: causas e condições

Como já mencionado anteriormente, as causas e condições acima expostas são genéricas e extraídas de um contexto mundial. No entanto, como afirma Vallinder (1995), cada país possui causas e condições específicas, que variam de acordo com sua história. No Brasil, existem alguns autores que já estudaram o fenômeno, dentre eles destacam-se Teixeira (1997) e Castro (1997), sendo certo que seus estudos constituem pesquisas empíricas a respeito das ações de inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal (apud WERNECK VIANNA ET AL, 1999).

³² A judicialização se desenvolve apenas porque os juízes decidem que eles devem (1) participar nas decisões políticas que poderiam ser tomadas por outras instituições, e, (2) substituir soluções políticas por elas criadas em detrimento daquelas tomadas por outras instituições. Tradução livre da autora.

Outra grande contribuição sobre o assunto foi dada por Werneck Vianna et al (1999), com o trabalho *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Nela, os autores, como o próprio título diz, estudaram a judicialização no Brasil a partir das transformações constitucionais ocorridas com a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou os instrumentos de proteção judicial, permitindo um maior protagonismo dos tribunais, que passaram a ser utilizados por minorias parlamentares, governos estaduais e associações civis e profissionais (MACIEL & KOERNER, 2002, p. 115).

A judicialização da política no Brasil é estudada por Werneck Vianna et al (1999) com base no conceito de judicialização *from without* de Vallinder (1995), ou seja, a partir da idéia de revisão judicial das decisões do Executivo e do Legislativo. Já a judicialização das relações sociais é estudada a partir da idéia de acesso à justiça.

É interessante notar que Werneck Vianna et al (1999, p. 15), ao estudarem o caso brasileiro, também fazem uma análise das causas que, em suas opiniões, implicaram “uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada”.

Nesse sentido, citam como exemplo, o surgimento do Direito do Trabalho, nascido dos êxitos do movimento operário, que veio a conferir um caráter público a relações da esfera privada, como o contrato de compra e venda do trabalho. Nas palavras dos autores (WERNECK VIANNA ET AL, 1999, p. 17),

A judicialização do mercado de trabalho, com a transformação dos conflitos a ele inerentes em matéria a ser jurisdicionada pelo direito, significou a tentativa de extrair o tema da justiça social da arena livre da sociedade civil, dos partidos e do Parlamento, compreendo-o como um freio a ser regulado pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes.

Além disso, no mesmo sentido da argumentação de Vallinder (1995), também destacam o surgimento do Estado de Bem-Estar Social e a positivação dos direitos fundamentais como causas favorecedoras, e afirmam (WERNECK VIANNA ET AL, 1999, p. 22):

Assim, a democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. O *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda

da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.

Werneck Vianna et al (1999, p. 22) ainda expõem uma última causa que teria favorecido a interferência do Judiciário, não propriamente na política, mas sim na sociedade de um modo geral. Seria ela a emergência de conflitos coletivos em torno da produção, do consumo e da distribuição de bens, surgidos no contexto da globalização. Tais conflitos têm sido objeto de tutela jurídica por meio de inovações processuais, como é o caso da ação civil pública³³, resultando em um envolvimento do direito na própria construção da sociabilidade, e, a partir daí, em um novo padrão de relacionamento entre os Poderes e a conformação de um cenário para a ação social substitutiva à dos partidos e à das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania.

Importante destacar, também, outro ponto interessante na obra de Werneck Vianna et al (1999), que se refere às repercussões da invasão do Poder Judiciário nas instituições e na sociedade sobre o tema da liberdade. Os autores identificam, neste aspecto, duas posições na doutrina. Uma representaria o que denominam de *eixo procedimentalista* e estaria identificada nas obras de Tocqueville, Habermas e A. Garapon (apud Werneck Vianna et al, 1999), para quem a crescente ampliação do direito teria o efeito de esvaziar os ideais e as práticas da liberdade. Assim, expõem Werneck Vianna et al (1999, p. 23):

Fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade. A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária. (...)

Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, “ao gozo passivo de direitos”, “à privatização da cidadania”, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, “à clericalização da burocracia”, “a uma justiça de salvação”, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos clientes de um Estado providencial.

33 Ação Civil Pública – *Meio postulacional dado a pessoas jurídicas de direito público e a particulares, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, objetivando fixar responsabilidade pelos danos a eles causados.* Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª Edição, p. 9. Destaque-se, ainda, que a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico está disciplinada na Lei nº 7.347/85.

De outro lado, estaria o *eixo substancialista*, associado às obras de Cappelletti e Dworkin, e de acordo com o qual as novas associações entre direito e política seriam, além de inevitáveis, favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. Nesse sentido, o Judiciário se insere numa posição que transcende as funções de *checks and balances*, ou seja (WERNECK VIANNA ET AL, 1999, p. 37),

Mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário, segundo a versão desses autores sobre a criação do direito no mundo contemporâneo, deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente – o universalismo mais presente em Cappelletti do que em Dworkin, este último mais próximo de um republicanismo cívico.

Vale dizer que Werneck Vianna et al (1999, p. 40), ao tratarem do caso brasileiro, se posicionam de acordo com o eixo substancialista, acreditando que “A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição”.

Quanto às condições para o surgimento da judicialização da política no Brasil, é interessante notar que muitas delas estão diretamente relacionadas à promulgação da Constituição Federal de 1988, responsável não só pela transição para o regime democrático, mas também pela positivação dos direitos fundamentais, entre outras coisas, como veremos a seguir.

Vale aqui citar Carvalho (2004), que analisou as condições facilitadoras do fenômeno da judicialização no Brasil, utilizando-se do quadro geral traçado por Tate (1995) e aplicando-o à realidade brasileira.

Assim, de acordo com Carvalho (2004), e seguindo-se a ordem utilizada por Tate (1995), a primeira condição seria a democracia e, portanto, no Brasil, somente após o fim do regime autoritário e com a promulgação da Constituição de 1988 é que o Judiciário voltou a ocupar espaço no cenário nacional e a exercer controle sobre a vontade do soberano.

Da mesma maneira, é após a promulgação da Constituição de 1988 que “as competências dos três ramos de poder parecem estar mais cristalizadas do que antes”, fortalecendo o princípio da separação dos poderes consagrado constitucionalmente (CARVALHO, 2004, p. 118).

Quanto à política de direitos, também viria com a Constituição de 1988 o reconhecimento formal dos direitos individuais e dos procedimentos judiciais

necessários a salvaguardar tais direitos, tornando necessária a manifestação do Judiciário para decidir sobre direitos fundamentais. Neste aspecto, cabe citar as palavras de Werneck Vianna et al (1999, p. 258): “Sob essa perspectiva, o Judiciário, longe de ocupar um lugar institucionalmente neutro, é convocado a imergir profundamente em sua sociedade, a fim de dar seqüência, em nome dos valores da liberdade e da igualdade, à progressão do direito”.

Quanto às condições relacionadas ao uso dos tribunais pelos grupos de interesse e pela oposição, seria também a Constituição Federal de 1988, através da consagração do controle concentrado de constitucionalidade, que teria viabilizado o uso dos tribunais nesses casos. Apenas para que se possa compreender melhor a questão, vale conceituar o que vem a ser o controle de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade (Adin), como instrumento para o seu exercício. Assim, segundo Moraes (2002), “Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (2004), o controle de constitucionalidade também pode ser conceituado como o

Método de preservar a supremacia da constituição, afeto ao Poder Judiciário ou a uma Corte Constitucional, em face de lei ou tratado que contenha, no todo ou em parte, preceitos com ela incompatíveis. Direto, quando a ação é empreendida com o escopo de vulnerar a lei inconstitucional. Incidental, ou indireto, quando a inconstitucionalidade é argüida no curso de uma ação visando a objetivo diverso.

Já a Adin, que é o meio através do qual se exerce o controle direto de constitucionalidade, com previsão no artigo 103 da Constituição Federal, pode ser conceituada, segundo o mesmo dicionário, como o

Remédio processual constitucional conferido ao presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa de Assembléia Legislativa, governador de Estado, procurador-geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional para argüir, perante o STF, de forma direta, a inconstitucionalidade resultante de preceito legal ou de omissão de medida para tornar efetiva regra constitucional.

Através das Adins os grupos de interesse e os partidos políticos de oposição se insurgiriam, via Judiciário, contra a política econômica e social do governo. Esse assunto foi objeto da pesquisa empírica realizada por Teixeira (1997) e Castro (1997) e, mais recentemente, por Werneck Vianna et al (1999), que analisaram as Adins

propostas por partidos políticos, confederações sindicais, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), dos governadores, da Procuradoria Geral da República e das entidades de classe.

Finalmente, as duas últimas condições, que se referem à ineficácia das instituições majoritárias e à delegação intencional de questões políticas ao Judiciário, que, no Brasil, estariam estreitamente relacionadas, refletem primeiramente uma “incapacidade dessas instituições em dar provimento às demandas sociais”, como destaca Carvalho (2004, p. 120). A necessidade da construção de arranjos políticos e coalizões partidárias para garantir a aprovação de determinadas matérias em nosso país, mormente aquelas que não ‘despertam’ o interesse dos grupos dominantes, como são as questões sociais, especialmente educação e saúde, faz com que projetos de lei não sejam aprovados e emendas constitucionais não sejam aplicadas por falta de regulamentação (vide o caso da Emenda Constitucional nº 29). Conseqüentemente, muitas dessas questões, via oblíqua, acabam chegando ao Judiciário através, por exemplo, de ações judiciais de improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público, questionando, por exemplo, a aplicação de percentuais mínimos na área da saúde, ou seja, as decisões políticas acabam sendo tratadas na esfera judicial, seja por falta de interesse ou incapacidade - ou ainda por delegação intencional - do executivo e do legislativo em tratar essas questões.

De acordo com o exposto acima, verificamos que a judicialização da política no Brasil foi estudada e caracterizada por grande parte dos autores através da atividade de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos federais realizada pelo Poder Judiciário, especificamente pelas Adins propostas por atores políticos, dentre eles grupos sociais minoritários e partidos de oposição, perante o Supremo Tribunal Federal, corte mais alta do país e conhecida por ser o tribunal “guardião da constituição”.

Werneck Vianna et al (1999) destacam algumas características da judicialização da política no Brasil, como, por exemplo, seu duplo caráter, já que, por um lado, existiria um grande número de Adins propostas por partidos políticos (com alta prevalência dos partidos de esquerda) e associações (42,1% do total de ações propostas entre 1988 e 1998), o que indicaria que esses autores estariam procurando o Judiciário como uma arena alternativa à democracia representativa, mas por outro, o alto número ações propostas por procuradores e governadores (49,9% do total de ações entre 1988 e 1998) indicaria um papel das Adins na racionalização da Administração Pública.

No Brasil também teríamos, segundo os referidos autores, a ocorrência da judicialização das relações sociais, correspondente à crescente invasão do direito na

vida social. O fenômeno pode ser verificado, por exemplo, na regulação pelo direito das decisões dos pais na educação dos filhos, na legislação que regula a interação entre indivíduos de diferentes origens étnicas, da qual é exemplo a legislação brasileira que proíbe manifestações de preconceito racial, na ação de grupos que reclamam a intervenção do direito na institucionalização da sua condição, como é o caso dos homossexuais que buscam a equiparação da união civil ao casamento.

No Brasil, esse processo teve como “divisor de águas” a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais³⁴, que teriam democratizado o acesso à justiça, passando a ser “responsáveis pela exposição do Poder Judiciário, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores socialmente emergentes”³⁵. Acrescentam Werneck Vianna et al (1999, p. 155) que, com a criação dos Juizados, o Poder Judiciário “tem sido exposto à questão social em sua forma bruta, tomando conhecimento dos dramas vividos pelos segmentos mais pobres da população, dos seus clamores e expectativas em relação à justiça”.

Partindo dessas premissas, Werneck Vianna et al (1999) fazem, ainda, um relato da história da implantação dos Juizados no Brasil, bem como uma análise dos dados estatísticos sobre o funcionamento dos Juizados Especiais no Rio Janeiro.

Do que se pode observar até aqui, a judicialização da política foi estudada no Brasil com base na conceituação de Vallinder (1995) de *judicialization from without*. Com relação à judicialização das relações sociais, Werneck Vianna et al (1999) conceituaram e estudaram a categoria a partir da criação dos Juizados Especiais.

Entretanto, a judicialização da política pode indicar outras formas de atuação do Judiciário na arena política.

Assim, além da atuação do Judiciário como controlador da atividade das instituições legislativas (controle de constitucionalidade), recentemente, o referido Poder tem emergido como arena de discussão e decisão de políticas públicas, mas com outra forma de atuação, representada pela utilização de meios processuais comuns para alterar as políticas públicas em curso.

³⁴ Os Juizados Especiais foram criados em substituição aos Juizados de Pequenas Causas pelas Leis 9.099/95 10.259/01 (Juizados Estaduais e Federais, respectivamente), como parte do movimento de democratização do acesso à justiça. Os processos de competência dos Juizados orientados pelos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (art. 2º da Lei nº 9.099/95).

³⁵ Na verdade, os Juizados Especiais, por dispensarem a necessidade de advogado nas causas abaixo de determinado valor, e, mais que isso, por dispensarem o pagamento de custas para postulação em juízo, facilitaram o acesso à justiça da população mais carente.

Apesar de ainda pouco estudada, essa forma de atuação do Poder Judiciário vem sendo observada especialmente no que se refere às políticas sociais, dentre elas as de saúde.

Em recente monografia, intitulada *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso Aids*, Ferreira et al (2004, p. 4) abordaram esse modelo de judicialização da política e afirmam que nesses casos o Judiciário agiria como um “veto player e provedor de veto points” ao qual os atores políticos recorreriam no intuito de buscar a efetivação de interesses não alcançados na arena política. Nesse sentido, expõem os autores:

(...) veto *players* seriam atores políticos, individuais ou coletivos, cujo consentimento seria necessário para o estabelecimento de políticas públicas. Referidos atores políticos exerceriam esse poder de veto (sobre legislação ou políticas públicas que atinjam os interesses ou objetivos políticos desses) tendo em vista arranjos institucionais, os denominados veto *points*.

Essa nova forma de interferência do Judiciário nas políticas públicas também teve como condição favorável a emergência do nosso sistema de seguridade social, que, com o objetivo de cumprir uma agenda igualitária, incluiu entre suas tarefas não mais apenas a racionalização e burocratização das atividades estatais, mas também a elaboração de políticas capazes de garantir aos cidadãos saúde, educação, emprego, moradia, etc.

A expansão da atividade estatal no sentido da promoção de direitos sociais tornou necessário que esse novo Estado ampliasse também sua legislação, como forma de incorporar os ideais de justiça social, nascendo, então uma ampla legislação voltada para as questões sócio-econômicas, sendo o exemplo mais claro o das constituições dirigentes³⁶, que incluem um extenso rol de direitos de natureza social.

Some-se a isso a adoção em grande parte dos países ocidentais da teoria kelseniana, já exposta acima, de supremacia das normas constitucionais, levando o Judiciário a ter de decidir sempre em conformidade com a constituição, e, nos casos dos direitos sociais, a atuar de forma a garantir sua efetividade.

Portanto, de guardião das liberdades individuais (os chamados direitos negativos), o Poder Judiciário passou a ter uma tarefa mais complexa, qual seja, a de garantir a efetivação dos direitos sociais (direitos positivos)³⁷. Nas palavras de Werneck Vianna et al (1999),

36 Cf. CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Almedina Coimbra, 2001.

37 A classificação dos direitos fundamentais em direitos negativos e positivos leva em consideração que os primeiros exigiriam abstenções por parte do Estado enquanto os últimos exigiriam prestações

O Estado social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz continuamente, de normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.

Um novo formato da judicialização da política: as demandas judiciais individuais sobre o direito à saúde

É nessa forma de judicialização da política que se situa o caso das ações judiciais estudadas nesse trabalho. Nesta situação temos cidadãos buscando individualmente e através de procedimentos judiciais comuns a efetivação de interesses relacionados ao direito social à saúde, não efetivados na esfera Executiva. Sobre a evolução desse novo formato de judicialização, coloca Lopes (2006, p. 165):

De fato, dos anos 80 para cá, assistiu-se ao recurso aos tribunais como forma de garantir a efetividade a declarações de direitos sociais. Este recurso teve dois importantes aspectos: criar uma nova forma de visibilidade para certas demandas e colocá-las sob a linguagem própria do direito, uma linguagem de deveres correlativos e de responsabilidades definidas. Esta nova judicialização contribui para um novo alcance da democracia entre nós. Ao colocar os temas em discussão sob a linguagem do direito dá-se um passo importante – embora ainda de resultados ambíguos – na direção de considerar os direitos sociais como direitos propriamente ditos e não como simples concessões ou benefícios dados por um paternal poder privado ou político.

Como já mencionado no capítulo anterior, por ser a saúde um bem provido pelo Estado com recursos públicos, os conflitos judiciais envolvendo este bem dizem respeito a conflitos sobre justiça distributiva, ou seja, àquela que dispõe sobre regras de apropriação individual de recursos comuns.

Utilizando-se a concepção aristotélica sobre justiça, encontramos, além da distributiva, a justiça comutativa ou reparadora. Para se ter uma idéia da distinção entre estas duas concepções, vale citar a lição de Bobbio (2004, p. 662):

De uma maneira geral, adotou-se a distinção aristotélica entre Justiça distributiva e Justiça reparadora. A primeira é “aquela que se exterioriza na distribuição de honras, de bens materiais ou de qualquer outra coisa divisível entre os que participam do sistema político” (Ética, 1.930b), enquanto que a

positivas. Entretanto, atualmente, principalmente após o trabalho de Holmes e Sustain (1999), a classificação dos direitos individuais como negativos e a dos direitos sociais como positivos já não prevalece, haja vista que muitos direitos individuais, como a própria liberdade, podem exigir prestações positivas por parte do Estado (apud AMARAL, 2001).

segunda está mais especificamente ligada a situações em que uma pessoa, ao receber uma ofensa de outra pessoa, pede a conseqüente reparação.

Especificamente sobre a justiça distributiva, o Dicionário de Filosofia do Direito aponta (2006, p. 662) que:

Trata-se de justiça distributiva, sempre que alguém, especialmente à autoridade pública, incumbe distribuir entre várias pessoas vantagens ou desvantagens da cooperação social, tais como benefícios, prêmios, dignidades, cargos, posições honras, responsabilidades, ônus, censuras, penas; ou, como diz Aristóteles, “funções, dinheiro ou outras coisas que devam ser distribuídas entre os cidadãos” (Ética a Nicômaco). Tem por fim direto o bem da pessoa ou das pessoas, físicas ou jurídicas, - vale dizer da comunidade parcial; e, por fim indireto o bem comum.

Os conflitos individuais que o Poder Judiciário sempre esteve acostumado a decidir são conflitos retributivos ou bipolares, nos quais uma parte irá ganhar ou perder, devendo o julgador dizer o que é legal ou ilegal a respeito de um delito, de um contrato ou de uma indenização. Entretanto, como já se disse, atualmente, conflitos de natureza distributiva, que envolvem bens como os relacionados ao direito à saúde, estão sendo levados ao Judiciário no mesmo formato daqueles sobre justiça retributiva.

A questão é que os conflitos envolvendo bens providos pelo Estado com recursos públicos não têm caráter bilateral, mas sim caráter policêntrico ou plurilateral, já que o resultado será uma perda ou um ganho para toda a sociedade, ou seja, trata-se da alocação entre várias partes de recursos escassos ou indivisíveis, e não de retribuição ou indenização entre duas partes.

Por esse motivo, os critérios e mecanismos tradicionalmente utilizados pelo Judiciário para decidir sobre conflitos bilaterais, apropriados ao exercício da justiça comutativa, não são adequados ao exercício da justiça distributiva e não deveriam ser aplicados às decisões sobre bens providos pelo Estado com recursos públicos, como àquelas sobre o direito à saúde.

Dworkin (2005, p. 431), tentando delinear qual seria o ideal de justiça na assistência médica, e tomando como parâmetro para sua análise o sistema de saúde americano, apresenta duas perguntas básicas que devem ser respondidas na temática da saúde: a primeira seria Quanto o país deve gastar com a assistência médica em geral?, e, a segunda, Como é que se deve distribuir a assistência médica?

O referido autor utiliza-se de dois critérios para tentar responder às perguntas postas – o princípio do resgate, segundo o qual a vida e a saúde são os bens mais importantes e todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens, e, portanto, mesmo em uma sociedade de riquezas desiguais não se

deve negar a ninguém a assistência médica, e o “seguro prudente” ideal, que indica para uma distribuição dos recursos entre a saúde e outras necessidades sociais e entre os diversos pacientes que precisam de tratamento, assim expondo (DWORKIN, 2005, p. 446):

O princípio do resgate insiste que a sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver possibilidade, por mais remota, de salvar uma vida. O princípio do seguro prudente equilibra o valor estimado do tratamento médico com outros bens e riscos: presume que as pessoas talvez pensem que levam uma vida melhor quando investem menos em medicina duvidosa e mais para tornar a vida bem-sucedida ou agradável, ou para proteger-se contra outros riscos, inclusive econômicos que também possam arruinar a sua vida.

Em suas conclusões o autor remete à questão da justiça distributiva, apontando que a “meta está no âmago da concepção de igualdade em recursos”, ou seja, a “comunidade comprometida com a igualdade de recursos”. Outra questão apontada nas conclusões do autor é a da necessidade de consulta à opinião pública para se tomarem decisões de racionamento, assim expondo (DWORKIN, 2005, p. 447): “Já que o racionamento deve expressar não só os cálculos técnicos de custo benefício, mas também a noção de prioridades das pessoas, a consulta é essencial”.

A análise de Dworkin (2005) corrobora a linha de nossa argumentação, não somente pelo fato de, mais uma vez, expor que os conflitos sobre bens providos com recursos públicos, como a saúde, são conflitos de justiça distributiva, versando sobre a distribuição de recursos na sociedade, mas também sobre o tema das decisões sobre estes conflitos, que, como veremos a seguir, devem ser tomadas não por um órgão como o Poder Judiciário, devendo ser uma decisão da sociedade, tomada através dos representantes do povo – Poder Legislativo -, incluindo, inclusive, a consulta direta à sociedade (consulta pública).

Características das decisões judiciais em conflitos bilaterais

No capítulo seguinte, destinado à pesquisa empírica, quando analisaremos os dados sobre as ações judiciais selecionadas para este trabalho, cuidaremos de expor, com minúcia, a forma e o conteúdo de tais ações judiciais. Por ora, analisaremos algumas características das decisões judiciais em conflitos individuais levados ao Judiciário por cidadãos comuns.

Em primeiro lugar, esclareça-se que tais conflitos são diversos dos representados pelas Adins, quando ao invés de cidadãos comuns temos um rol específico de

instituições, organizações e representantes políticos, designados pelo artigo 103 da Constituição Federal, para propositura destas ações. Além disso, as Adins são propostas diretamente perante a Corte mais alta do país – STF – enquanto os conflitos individuais ora analisados são propostos perante juízes singulares ordinários.

Além disso, no caso da judicialização de conflitos individuais, ocorre a revisão de um ato administrativo pelo Judiciário e não de um ato legislativo, pois são decisões tomadas pelo Poder Executivo que são levadas à apreciação daquele Poder.

Muito já se estudou sobre o papel do juiz como intérprete do direito ou também como seu criador. Num primeiro momento, entre os séculos XVIII e XIX, a atividade do juiz era tida como a de mero aplicador da lei, sem espaço para criações fora daquilo que não estivesse previsto pelo direito. Com a expansão do papel do Poder Judiciário no século XX, de acordo com causas e condições expostas no início deste capítulo, o papel dos juízes se modificou, passando a se reconhecer que na interpretação do direito está ínsito certo grau de criatividade. De acordo com esse entendimento, as lacunas existentes na lei devem ser preenchidas pelo juiz, dando margem à criação do direito.

Nas palavras de Cappelletti, se referindo à nova visão sobre o papel do intérprete no século XX (1993, p. 21):

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricioneriedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia, etc.

Nesse sentido, resume o referido autor, especialmente no que se toca ao papel do juiz como intérprete ou criador do direito, que ele

(...) reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar uma lei preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricioneriedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos. (CAPPELLETTI, 1993, p. 128)

Recentemente, o surgimento de Constituições e legislações repletas de normas formadas por princípios fez com que a função criativa dos juízes se mostrasse cada vez mais importante. O princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia o ordenamento jurídico brasileiro é um exemplo claro disto (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Desta forma, ainda que seja um princípio, a dignidade da pessoa

humana pode e deve servir de fundamento às decisões tomadas em conflitos individuais ou coletivos onde for cabível sua aplicação. Sobre o assunto, especialmente no que se refere ao direito constitucional, expõe Lopes (2006, p. 124): “Saber o que exatamente diz a regra do direito constitucional, em cada caso, é uma tarefa ao mesmo tempo de aplicação da regra já existente (a constituição) e de formulação de uma nova regra, pois, em caso de dúvida, a interpretação equivale à criação da regra”.

Cabe aos juízes, portanto, utilizar os princípios como subsídio para suas decisões, ainda mais nas situações em que exista lacuna na lei ou quando os dispositivos legais não forem suficientemente claros. Nesse sentido é a lição de Stone Sweet (2000, p. 29):

*(...) some constitutional provisions are often vague and may appear, in any particular case, to contradict one other. Judges must decide what the constitution means, which of its provisions are most relevant to a particular dispute, and how intraconstitutional normative conflicts are to be resolved.*³⁸

Da mesma maneira, ocorre com princípios do direito privado, como o da boa-fé objetiva, previsto no Código Civil (artigo 421)³⁹ que permeia as relações privadas por ele reguladas, o qual deve servir de fundamento para as decisões judiciais que envolvam conflitos dessa natureza.

Considerando-se, portanto, que os juízes exercem também uma função criativa, não sendo o juiz um mero aplicador da lei, pode-se dizer que, ao fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, de algum modo os juízes estão exercendo um poder normativo, não muito distante daquele existente no próprio ato de legislar (FARIA, 2005).

Esse poder normativo das decisões judiciais no mundo atual, mesmo daquelas produzidas por juízes singulares, como aquelas que serão analisadas mais à frente, já foi estudado por inúmeros autores. Na área da Ciência Política, Stone Sweet (2000) fez uma análise sobre a resolução de conflitos na arena judicial de forma tríade, originalmente chamada *Triadic Dispute Resolution - TDR*, que consistiria em uma relação composta por três partes, formada a partir de uma disputa entre duas partes, que elegem a terceira para elidir o conflito existente. Segundo o autor quando essa relação se forma na esfera judicial, as decisões tomadas por esta terceira parte, no caso o juiz, produzem o mesmo efeito que a lei, sendo norma para o caso concreto, já que obrigam

³⁸ Alguns dispositivos constitucionais são às vezes vagos e podem parecer, em algum caso particular, que estão em contradição. Os juízes devem decidir o que realmente a constituição quis dizer, qual dos dispositivos é mais importante para o conflito a ser decidido, e como tal conflito de normas deve ser resolvido. Tradução livre da autora.

³⁹ Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

as partes envolvidas a cumpri-la, mas também para situações abstratas, na medida em que podem servir como subsídio para outras decisões sobre o mesmo assunto. Assim, nas palavras do autor (STONE SWEET, 2000, p. 17):

*In taking a decision and justifying it normatively, the triadic entity makes rules. First, she has made rules that are concrete, particular, and retrospective, that is, she has resolved a pre-existing dispute between two specific parties about the terms of one dyadic contract. Second, in justifying her decision – in telling us why, normatively, a given act should or should not be permitted – she has made rules of an abstract, general, and prospective nature. This is so to the extent that her decision has clarified or altered rules that comprise the normative structure.*⁴⁰

Complementa ainda o referido autor que:

*Typically, the referral of a conflict to a judge for adjudication may be effected by either one of the parties, without the other's consent. The judge may be required, by law or precedent, to give a justification for his decision. The decision has the effect of law, binding on the parties to the dispute, but also may have precedential value to the extent that the decision serves to clarify the rules relevant to particular behaviours or relations. (STONE SWEET, 2000, p. 19)*⁴¹

As decisões judiciais, no caso de conflitos bilaterais, sempre produzirão um resultado insatisfatório para uma das partes, ou seja, para aquela a quem não for adjudicado o bem objeto de conflito. Entretanto, tal decisão funciona como lei entre as partes envolvidas no conflito, não podendo ser descumprida, ainda que considerada substancialmente injusta.

Para melhor esclarecer os conceitos de justiça formal e justiça substancial, nos apropriamos das lições de Bobbio (2004). Segundo o autor, as ações legítimas compreendidas pela justiça formal são aquelas que se adequam a um certo sistema preexistente de lei positiva deste tipo, ou seja, dado um determinado sistema deste tipo, uma ação é justa quando é exigida ou permitida pelas normas, e injusta se proibida pelas mesmas. Já o conceito de justiça substancial não se baseia na conformidade da lei, mas sim na moralidade da ação. Assim, “determinadas ações não contempladas pela lei positiva, ou porventura ilegais, podem tornar-se justas. Da mesma maneira, decisões

⁴⁰ Ao decidir e fundamentar uma decisão com base na norma, a entidade tríade cria normas. Primeiro, ela faz normas para o caso concreto e de forma retrospectiva, ou seja, ela resolveu um conflito pré-existente entre duas partes específicas baseadas num contrato bilateral. Segundo, ao fundamentar sua decisão – ela está nos dizendo, de forma legal, porque a situação posta deve ou não ser permitida e, neste caso, ela está fazendo normas em abstrato, de forma geral e prospectivamente. É nessa medida que a decisão clarifica ou altera as leis que compõem a estrutura normativa. Tradução livre da autora.

⁴¹ Tipicamente, o direcionamento de um conflito para a decisão de um juiz, irá favorecer uma das partes sem que haja o consentimento da outra. O juiz pode ser obrigado pela lei ou pelo precedente a fundamentar sua decisão. A decisão produz o efeito de lei, obrigando as partes envolvidas na disputa, mas também funciona como um precedente para próximas decisões, na medida em que ela serve para clarificar as normas relevantes para um tipo particular de comportamento ou relação jurídica. Tradução livre da autora.

judiciais legais podem ser tidas como injustas se analisadas de um ponto de vista moral” (BOBBIO, 2004, p. 663).

Retomando a questão dos conflitos bilaterais, podemos concluir que nesses casos, onde estão em jogo bens particulares, a decisão por adjudicar os bens em conflito a uma das partes afetará apenas as próprias partes envolvidas na relação, ou seja, afetará um universo microjurídico.

Ocorre, contudo, que quando passamos ao caso dos conflitos plurilaterais, nos quais estão em jogo bens providos pelo Estado com recursos públicos, como é caso da saúde, a decisão sobre a adjudicação do bem afetará, ainda que indiretamente, toda a coletividade, ou melhor, um universo macrojurídico. Nesse sentido, vale lembrar que distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição do ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios). (LOPES, 2006, p. 144).

Verifica-se, portanto, como já se disse acima, que as decisões judiciais sobre conflitos envolvendo bens providos com recursos públicos não podem seguir os mesmos critérios daquelas sobre bens privados, ou seja, devem levar em conta princípios da justiça distributiva.

No entanto, esses novos conflitos sobre justiça distributiva, que são levados ao Judiciário no mesmo formato daqueles sobre justiça comutativa, vêm crescendo rápida e significativamente, sem dar tempo para que a magistratura se aparelhe de novos critérios para o seu julgamento. Nesse sentido, expõe Faria (2005, p. 29) que a magistratura:

Sempre esteve voltada para os processos judiciais de interesse individual oriundos de um universo microjurídico, precisa agora despertar para as “situações limite” e para os “casos difíceis”, de grande interesse coletivo e com enormes repercussões no universo macrojurídico

Agora que o Judiciário se vê obrigado a dar respostas para as quais não tem experiência acumulada, precisará refletir e repensar os critérios que sempre esteve acostumado a adotar para lidar com bens de interesse privado, adaptando-se a esta outra realidade ou até mesmo buscando novos critérios para decidir.

Limites das decisões judiciais nos conflitos sobre justiça distributiva

De acordo com a análise feita por Lopes (2006), seriam seis os obstáculos ou limites impostos ao Judiciário para lidar com as questões sobre justiça distributiva.

O primeiro deles decorre dos próprios efeitos produzidos pela decisão judicial nos conflitos sobre bens comuns, tal como se coloca a saúde. Como já dito acima, nesses casos, a decisão judicial afeta eventualmente outros indivíduos que não participaram da causa (ação), ou seja, “mexer em um ponto é diretamente – e não indiretamente – mexer em todos os pontos” (LOPES, 2006, p. 172).

Na linguagem jurídica, se denomina coisa julgada a situação produzida pela decisão judicial da qual não cabe mais recurso. Em regra, nos conflitos bilaterais propriamente ditos, a decisão só produz efeitos entre as partes, não se estendendo a todas as pessoas (*erga omnes*).

Imagine-se, por exemplo, que um indivíduo ajuíze uma ação contra a União exigindo tratamento para transplante de fígado e o juiz responsável defira o pedido e determine o tratamento imediatamente. Este indivíduo irá passar à frente, na fila de transplantes, de outros indivíduos na mesma situação de risco, em outras palavras, a decisão judicial não afetou apenas as partes envolvidas no processo – União e indivíduo que solicitou o transplante -, mas todos os indivíduos que necessitam de transplante do órgão em questão, que podem inclusive residir em outro Estado. O mesmo ocorre quando o indivíduo pleiteia judicialmente medicamentos de custo elevado que não estão padronizados pelo Estado, pois o gasto com aquele indivíduo pode privar a coletividade de outros tratamentos de assistência à saúde.

Assim, tratar como se fosse uma questão entre duas partes, quando, na verdade, o conflito jurídico irá atingir a coletividade é um dos limites às decisões judiciais que tratam de bens comuns. Conforme expõe Lopes (2006, p. 134): “Muitos são os problemas que não se resolvem individualmente. Por exemplo, a questão da moradia ou da saúde pública. Então o valor de determinadas decisões não pode ultrapassar determinadas pessoas, ou determinadas regiões”.

O segundo limite vislumbrado é a questão da legitimidade do Judiciário. Já mencionamos acima o fato de as decisões judiciais não serem meros atos de aplicação da lei, mas, se não, a própria lei, dado o poder criativo, ainda mais na atualidade quando existem muitos princípios que norteiam o ordenamento jurídico.

Na verdade, a competência para fazer regras sobre distribuição e alocação de recursos, como pressupõe a justiça distributiva, é do Legislativo, cabendo à execução ao Poder Executivo. No entanto, o que observamos é o Judiciário – e no caso das questões de saúde, através dos juízes singulares - agindo na condição de legislador e administrador.

Devemos lembrar, contudo, que o sistema judicial não possui um caráter democrático, já que o Judiciário não é um Poder que elege seus representantes através do povo, como o Legislativo e o Executivo. Sobre o assunto, Lopes (2006, p. 217) traduz Shapiro (1988, p. 93), que expõe, ainda que de forma metafórica, as características de um juiz singular:

(...) em muitos aspectos, um juiz federal de primeira instância é a coisa mais próxima de um ditador que nós toleramos em nosso sistema político. Para começar, ninguém os elegeu e eles têm o cargo vitalício. Ao contrário das cortes superiores, em que os juízes decidem em grupos de três ou mais e são pelo menos limitados uns pelos outros, o juiz de primeira instância decide sozinho.

Na verdade a questão da legitimidade do Poder Judiciário para decisões distributivas e alocativas está também relacionada ao princípio da separação de poderes. Na idéia clássica de Montesquieu, em toda sociedade politicamente organizada espera-se que determinadas instituições façam as leis (Legislativo) e outras apliquem as mesmas (Judiciário) e, nesse caso, temos o Judiciário atuando sobre assuntos que deveriam ser decididos pela sociedade, através de seus representantes, eleitos democraticamente.

Lembre-se que, no passado, especialmente na França, um dos países que inspirou a nossa concepção de Direito Administrativo, os atos administrativos - emanados do Poder Executivo - não eram passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Posteriormente, percebeu-se que a administração Pública poderia atuar com excesso de poder, quando então foi instituído o recurso voluntário, de acordo com o qual o cidadão poderia se insurgir contra os atos administrativos, porém perante um Tribunal pertencente ao Poder Executivo e não ao Judiciário (KOOPMANS, 2003, p. 132).

Segundo Stone Sweet (2000), o Legislativo vem perdendo poder na tarefa de elaboração das leis e este espaço está sendo ocupado pelo Judiciário. Nesse sentido, afirma: “(...) *parliaments have lost their implied monopoly on law-making, constitutional courts today share their authority to interpret the constitution, and ordinary judges – certain not slaves to the codes – participate in constitutional politics*”.⁴²

No caso das demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, objeto do nosso trabalho, ao fazer normas para o caso concreto - interpretar e aplicar o art. 196 da Constituição - e determinar o imediato fornecimento de medicamentos, por exemplo, o

⁴² Os parlamentos perderam o seu monopólio no ato de fazer normas, pois as cortes constitucionais hoje em dia dividem com eles sua autoridade para interpretar a constituição, e os juízes singulares, que não são escravos dos códigos e leis, participam da política constitucional. Tradução livre da autora.

Judiciário está interferindo diretamente na esfera de atuação do Poder Executivo, a quem compete definir a política de saúde, e que passa a sofrer a interferência direta das decisões judiciais. Na verdade, o Judiciário realiza um “juízo sobre a opção administrativa na alocação de recursos públicos escassos ante diversas possibilidades políticas” (FERREIRA ET AL, 2004, p. 4).

Mesmo diante da nova estrutura de Estado surgida com o Estado de Bem-Estar Social, onde a teoria da separação de poderes deve ser interpretada de maneira mais flexível, devendo o Judiciário zelar não só pela defesa das liberdades individuais, mas também figurar como garantidor de direitos sociais previstos constitucionalmente, este Poder deve ter cautela para não alterar políticas essencialmente de competência dos demais Poderes. Como bem afirma Lopes (2006, p. 238), “os tribunais não tem poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários e, em caso de necessidade, não têm o poder de criar novas formas de financiamento público, constringendo sua atuação em programas de reformas propriamente ditos”.

Some-se a isso uma falta de coordenação entre as esferas de governo, resultando em decisões judiciais sobre alocação de recursos e políticas públicas sem diálogo com o órgão responsável pelo assunto - no caso da saúde, secretarias de saúde. E não se pode esquecer, que, na temática da saúde, as decisões muitas vezes significam uma *escolha dramática* ou *opção disjuntiva*, conforme expõe Amaral (2001, p. 181): “A alocação, notadamente no que tange à saúde tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar”.

Como terceiro limite e já comentando acima, está a questão da forma como os conflitos são levados ao Judiciário, ou seja, o contraditório bilateral. Na linha do que já foi exposto, neste modelo de controvérsia está em disputa um bem que não pode pertencer simultaneamente a dois indivíduos, devendo haver uma divisão ou apropriação. É tipicamente o caso das controvérsias de direito privado, onde estão em jogo a propriedade, contratos, reparação de danos, etc. Assim, segundo Lopes (2006, p. 135):

A justiça distributiva não pode fazer-se levando em conta o esquema bilateral. Institucionalmente, o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais, em que há um jogo de soma zero.

Desta maneira, a razão jurídico-judicial e o uso dos mecanismos tradicionalmente associados a direitos individuais protegidos judicialmente, ou o uso de categorias e lógica apropriadas ao exercício da justiça comutativa, pode resultar em

decisões que produzam uma injusta distribuição de bens providos com recursos públicos, de acordo com os conceitos de justiça formal e substancial que vimos acima.

Outro obstáculo vivido pelo Judiciário é sua inércia institucional. Ao contrário do Legislativo e do Executivo, aquele Poder só procede mediante provocação dos interessados, e interessados sob o ponto de vista de relações individualizadas. Quando estamos diante de decisões sobre bens comuns, como a saúde, a iniciativa de alguns pode significar, mediatamente, a lesão de outros. Nos exemplos citados anteriormente, do indivíduo que pleiteia judicialmente um tratamento de transplante ou um medicamento de alto custo, essa questão fica muito clara, já que este indivíduo que buscou o Judiciário terá o seu tratamento ou medicamento concedido, mas outros, em idêntica situação de saúde (equidade horizontal), não poderão ter acesso aos mesmos bens.

Em nosso país, apesar de já termos conseguido um avanço na questão do acesso à justiça, favorecido pela ampliação da esfera geográfica de atuação da Defensoria Pública e criação dos Juizados Especiais, sabemos que a falta de meios e de conhecimento ainda aparece como um grande problema, gerando uma distância entre a sociedade e o Judiciário.

No caso da saúde, especificamente do fornecimento de medicamentos, a busca individual ao Poder Judiciário tem se mostrado um meio mais ágil para efetivação deste direito social, gerando um crescente número de ações judiciais com esse fim.

Na verdade, já existe uma expectativa por parte da sociedade de que o Judiciário solucionará questões relativas ao fornecimento de medicamentos. Em recente matéria publicada na Revista *O Globo* de 24 de junho de 2007, pg. 42, versando sobre os medicamentos para doenças raras, o jornalista e um dos entrevistados expõem que para se ter acesso a medicamentos para doenças raras que não estão nas listas oficiais do Ministério da Saúde a solução é recorrer à Justiça.

Podemos dizer, então, que os indivíduos que provocam o Judiciário tentam alterar as políticas públicas de saúde em seu benefício e, nesse aspecto, as decisões judiciais que deferem o fornecimento dos medicamentos produzem bons resultados para estes indivíduos, que alcançam a efetivação do seu direito. Para Stone Sweet (2000, p. 140), nesses casos, os indivíduos agiriam como atores racionais:

Individual litigates if the potential benefits of obtaining an annulment or revision of a law (or public police, or private practice) outweigh the costs of the legal challenge. Litigants will make the best possible legal arguments on

*their own behalf, but such arguments will express, rather than disguise motivations.*⁴³

E a judicialização neste novo formato, ora analisado, é impulsionada pela atuação dos indivíduos. Assim, expõe Stone Sweet (1998, p. 15):

*The delegation of conflicts to a third party is the fuel that drives judicialization. If disputes were always able to be resolved diadically, or if one of the disputants was always able to impose a solution on the other, then judicialization could not proceed.*⁴⁴

Nos casos de conflitos envolvendo bens providos com recursos públicos, onde os indivíduos litigam com o Estado, a delegação ao Poder Judiciário, decorre, em parte, de uma deficiência do Executivo - ante às suas novas atribuições como provedor das relações sócio-econômicas no Estado Social – na execução das políticas públicas. Como afirmam Ferreira et al (2004, p. 7):

O tempo político-legislativo é diferente do tempo real das demandas sociais, o que imputa ao gestor das decisões políticas um comportamento de análise de custos e benefícios da elaboração e aplicação de políticas públicas. Recorrer ao Judiciário, principalmente quando há a possibilidade de utilização de mecanismos como, por exemplo, a tutela antecipada, pode garantir uma efetivação mais ágil dos direitos sociais constitucionalmente previstos, além de evitar desgastes políticos, seja no sentido de obter maioria representativa, seja na relação com a opinião pública.

Todavia, a solução individualizada de uma situação que deveria ser tratada de forma coletiva – alocação de recursos e fornecimento de medicamentos – e pelos órgãos competentes, acaba por realizar justiça para o caso concreto (microjustiça), desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (macrojustiça).

O penúltimo obstáculo seria a tradição e a cultura do Judiciário. Este poder, diferentemente do Executivo e do Legislativo está acostumado a julgar com base em fatos passados, ou seja, em uma lei ou jurisprudência já existentes. Conforme, expõe Lopes (2006, p. 137):

Os precedentes são a matéria-prima do direito: a doutrina é a tradição, a lei que precede a decisão, a jurisprudência ou qualquer outro ponto de apoio historicamente invocável como regra de autoridade fundadora da decisão, para escapar aparentemente do arbítrio puro e simples do julgador. Se a justiça distributiva tem algo a ver com justiça dinâmica, com a procura de alternativas às regras de apropriação até agora vigentes e consideradas

⁴³ Os cidadãos litigam para obter a revisão de uma lei (de uma política pública ou prática privada) quando consideram que existem verdadeiros benefícios em levar tais questões à esfera judicial. Os litigantes apresentarão os melhores argumentos em seu favor e estes argumentos expressam não só descontentamento com a lei contestada, mas também interesses. Tradução livre da autora.

⁴⁴ A delegação de conflitos a uma terceira parte, no caso, o Judiciário, é o combustível que impulsiona a judicialização. Se os conflitos pudessem ser resolvidos entre as parte litigantes, sem a intervenção de um terceiros, a judicialização não ocorreria. Tradução livre da autora

injustas ou potencialmente injustas, a mesma necessidade democrática de apelar para uma regra cronológica e hierarquicamente anterior pode transformar o Judiciário no reduto da tradição por excelência, compreensível e justificadamente que seja.

Como as demandas sociais são dinâmicas, os conflitos distributivos necessitam de soluções voltadas para o futuro, como são as políticas públicas que definem a distribuição e alocação de recursos finitos. Sendo o fundamento das decisões judiciais sempre baseado em fatos pretéritos – a despeito do papel criador dos juízes, elas dificilmente conseguem alcançar o grau de visão a longo prazo que se precisa ter para decidir conflitos dessa natureza. Segundo Lopes (2006, p. 214), “o julgador precisa nessas circunstâncias mais do que um instinto para o precedente. Ele não apenas ordena, precisa também fiscalizar e administrar. E, depois de ordenar, pode ver-se diante do problema da falta de dinheiro para cumprir sua ordem”.

Finalmente, o último obstáculo que se coloca para o Judiciário na solução de conflitos distributivos diz respeito ao seu aparelhamento insuficiente. Este limite, de certa maneira, se confunde com o anterior, já que para possuir uma visão voltada para o futuro, o Judiciário necessitaria de estar suficientemente aparelhado ou assessorado. As soluções para conflitos sobre bens providos com recursos públicos envolvem a consulta a órgãos técnicos especializados, a pesquisa estatística, dados econômico-financeiros, etc. Por mais que o Judiciário possa se valer de peritos especializados, esse recurso não é suficiente para que se consiga realizar distribuição e alocação de recursos finitos. Com relação ao tema, expõe Cappelletti (1993, p. 87):

Efetivamente, para a criação do direito fazem-se necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e “em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza”. Os juízes, segundo esse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, frequentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos.

No caso da saúde essa situação se torna ainda mais complicada. As decisões na área da saúde envolvem desde o financiamento até a alocação dos recursos e o planejamento das ações. Por isso, nessa área, a utilização de regulamentos técnicos, critérios científicos, protocolos de conduta e, ainda, a necessidade de pautar-se por critérios epidemiológicos são essenciais para a definição da política de saúde, a adoção

de condutas terapêuticas, a padronização de medicamentos e a incorporação de tecnologias.

Especialmente quanto à incorporação de tecnologias, faz-se necessário que as decisões sejam tomadas com bastante critério. Nesse sentido expõe Santos (2006, p. 9):

Desse modo, a integralidade da assistência deverá pautar-se por regulamentos técnicos e científicos, protocolos de condutas, limites para incorporação de tecnologia, protocolos farmacológicos. A integralidade da assistência, sob esse ponto de vista, não é um conceito que admite toda e qualquer terapêutica existente ou demandada por um paciente ou profissional de saúde. Há que se ter critérios científicos e técnicos, atualizados cientificamente para embasar a incorporação desta ou daquela tecnologia, desta ou daquela terapêutica ou medicamento.

Com certeza não será o Judiciário o órgão adequado para a decisão sobre a incorporação de novas tecnologias e medicamentos, ainda mais sabendo-se que a pesquisa em medicina está em constante progresso e que a indústria farmacêutica, por sua vez, coloca diariamente mais e mais medicamentos no mercado. Para melhor ilustrar o problema, vale transcrever a lição de Aaron & Schawartz, citados por Amaral (2001, p. 142):

O fato mais relevante para o aumento dos custos com saúde em todo o mundo, e em particular nos Estados Unidos, é o contínuo progresso da tecnologia médica. (...) Ao contrário de outras indústrias, investimentos de capital e desenvolvimento tecnológico raramente resultam em substancial economia de custos de trabalho na indústria da saúde. A demanda por tecnologia de cuidados de saúde parece que não irá deixar de crescer.

Some-se a isso o poder da indústria farmacêutica em criar sua própria demanda, ofertando constantemente novos produtos que, muitas vezes, não são efetivamente inovadores e não possuem comprovação de sua eficácia. Nesse sentido, aponta Magalhães e Carvalho (2003, p. 84):

Paralelamente, a indústria farmacêutica investe na modificação molecular das substâncias já conhecidas, de forma a produzir compostos estruturalmente relacionados, com propriedades terapêuticas ou tóxicas ligeiramente modificadas. Esses medicamentos passam a constituir novas opções terapêuticas, muitas vezes sem apresentar qualquer aspecto vantajoso sobre os demais membros da classe, constituindo os medicamentos conhecidos por me tto (eu também).

Outros aspectos da judicialização

A despeito dos limites impostos ao Judiciário nesse novo formato de judicialização, trazido pelos conflitos sobre justiça distributiva, acreditamos que o Judiciário, mesmo não sendo a esfera de Poder adequada para resolução desse tipo de

conflito, deverá encontrar soluções para melhor decidir conflitos dessa natureza, seja adotando novos critérios de decisão, seja aparelhando os seus membros, o que incluiria inclusive, mudanças na formação dos profissionais do Direito. Até porque, como já mencionado acima, existe um movimento crescente de delegação ao Poder Judiciário de conflitos distributivos, pois à medida que os indivíduos alcançam seus objetivos na esfera judicial, tendem a agir como atores racionais, levando mais e mais conflitos para esta esfera de Poder. Acrescente-se, por outro lado, que o Judiciário, por sua vez, não pode se omitir em decidir⁴⁵, restando-lhe apenas, tomar a melhor decisão para o caso.

No capítulo que se segue faremos a análise das decisões judiciais sobre conflitos envolvendo o direito à saúde, especificamente o fornecimento de medicamentos, oportunidade na qual poderemos concluir propondo algumas soluções para uma melhor abordagem dos conflitos pelo Judiciário, ou seja, maneiras para superação dos obstáculos enumerados acima.

Por ora, na conclusão deste capítulo, destacamos apenas alguns aspectos observados nesse novo formato de judicialização. Um deles seria a difusão e absorção dos direitos e princípios constitucionais pela sociedade como um todo, com cidadãos mais conscientes de seus direitos. Outro aspecto que pode ser destacado com o aumento no número de ações judiciais também seria a facilitação do acesso à justiça no país, como destaca Werneck Vianna et al (1999).

Além disso, podemos destacar, também, um Judiciário cada vez mais sensibilizado com as questões sociais do país e, na sua esfera de atuação, dando efetividade aos direitos sociais previstos na Constituição Federal, como é o caso do direito à saúde.

Lembre-se, ainda, que a delegação de conflitos distributivos ao Judiciário pode funcionar como uma forma de potencializar conflitos sociais, que ganham força e podem passar a ser prioridade na agenda política do país.

Para concluir, podemos citar Lopes (2006, p. 138):

O Judiciário serve de alguma forma ainda para fazer justiça? Vale a pena mencionar pelo menos duas coisas: o fato do Judiciário converter-se numa arena de discussão em que as partes podem racionalizar seus interesses e sua concepção político-jurídica e o fato de que os bloqueios institucionais eventualmente criados por demandas judiciais têm a capacidade de explicitar conflitos sociais básicos da sociedade brasileira. O valor do Judiciário é garantir que os arranjos e disputas se façam sob a legalidade e dar visibilidade às diferentes reivindicações. Num sentido limitado, permite que o diálogo se estabeleça formalmente entre litigantes.

⁴⁵ De acordo com o artigo 126 do Código de Processo Civil (CPC) “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

CAPÍTULO III – OBJETIVOS E METODOLOGIA

A nossa pesquisa de dados tem como objetivo elaborar uma análise das ações judiciais para fornecimento de medicamentos propostas por usuários do SUS contra o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005, que considerará os seguintes aspectos:

a) se os medicamentos pleiteados nas ações judiciais são padronizados ou não⁴⁶, procurando-se identificar neste universo o que seria demanda reprimida, por dificuldade no acesso aos serviços de saúde, e o que seria demanda artificialmente construída;

b) o teor final das decisões, isto é, se favoráveis ou não ao usuário, indicando o percentual para cada um dos casos;

c) os fundamentos e argumentações mais frequentes utilizadas pelos julgadores para chegar à procedência ou improcedência do pedido inicial, identificando se existem súmulas⁴⁷ sobre a matéria; e,

d) o número de ações em que houve concessão de medida liminar⁴⁸ na fase inicial do processo.

O estudo corresponde a uma pesquisa documental exploratória, de caráter qualitativo. O universo pesquisado, como já se disse acima, concerne às ações judiciais propostas, no ano de 2005, por usuários do SUS contra o Estado do Rio de Janeiro, perante as Varas de Fazenda Pública da Comarca⁴⁹ da Capital do Estado do Rio de Janeiro - órgãos integrantes do Tribunal de Justiça do mesmo Estado (TJ-RJ), tendo como objeto o fornecimento de medicamentos.

A relação de ações judiciais propostas contra o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005 foi inicialmente obtida junto à Secretaria de Saúde deste Estado (SES-RJ). Como cada ação judicial é identificada no Tribunal por um número de processo, submetemos, posteriormente, a referida relação ao Departamento de Sistemas do TJ-RJ (Divisão de Sistemas Judiciais e Extrajudiciais – DSJE) para validação dos dados.

⁴⁶ Entenda-se por medicamentos ou tratamentos padronizados aqueles que fazem parte de programa de saúde ou lista de medicamentos disponibilizados pelo Ministério da Saúde e secretarias de saúde.

⁴⁷ “Condensação de série de acórdãos, no mínimo três, do mesmo tribunal adotando igual interpretação de preceito jurídico em tese, sem efeito obrigatório, mas apenas persuasivo, publicado com numeração em repertórios oficiais do órgão.” Conceito extraído do Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁴⁸ Decisão judicial provisória proferida nos 1º e 2º graus de jurisdição, que determina uma providência a ser tomada antes da discussão do feito, com a finalidade de resguardar direitos. Geralmente concedida em ação cautelar, tutela antecipada e mandado de segurança. Conceito obtido junto ao endereço eletrônico <http://www.professoramorim.com.br/amorim/texto.asp?id=215>. Acesso em 12.01.2007.

⁴⁹ “Território ou circunscrição territorial em que exerce sua jurisdição um juiz de direito.” Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

O técnico do DJSE além de validar os dados, consolidou as informações, incluindo, para cada processo identificado, o seu número, o nome(s) do(s), autor(es) das ações, o tipo de ação proposta, o tipo de sentença judicial proferida, a data da sentença, e se a representação do autor é feita por advogado ou por defensor público.

A identificação dos processos por seus números de registro no TJ-RJ permite que as informações a eles referentes sejam consultadas através do endereço eletrônico do Tribunal (www.tj.rj.gov.br). Tal fato foi extremamente importante para a realização da pesquisa, visto que com o alto número de processos identificados no ano de 2005, não seria possível examinar fisicamente um a um.

Entretanto, a consulta ao processo via endereço eletrônico não permite a mesma riqueza de informações que obteríamos se consultássemos o próprio processo. A opção por este instrumento deve-se, portanto, exclusivamente à rigidez do prazo de finalização desta dissertação.

Com a validação e consolidação dos dados pelo TJ-RJ, foi possível, então, pesquisar no conteúdo das sentenças as informações atinentes aos objetivos específicos da pesquisa.

A pesquisa dos medicamentos se mostrou bastante difícil, uma vez que nem todos os processos pesquisados através do endereço eletrônico do TJ-RJ continham os dados referentes aos medicamentos pleiteados nas ações, tendo em vista que os dados contidos na *Internet* fornecem apenas o conteúdo dos atos judiciais e não dos atos praticados pelos autores das ações. Assim, se na sentença não há a transcrição do nome do medicamento, mas tão somente a referência à folha do processo na qual foi feito o pedido, esse dado não constará no sistema.

Nesse sentido, no que se refere aos medicamentos, o universo desta pesquisa ficou restrito àqueles processos nos quais foi possível identificar este item.

Delineado este universo, no que tange aos medicamentos pleiteados, a pesquisadora elaborou uma tabela com nomes dos medicamentos identificados nos processos para, então, poder confrontar os itens ali descritos com aqueles constantes da padronização oficial do Ministério da Saúde.

Destaque-se que muitos dos medicamentos identificados estavam descritos por seus nomes comerciais. Portanto, nesses casos, procedemos à obtenção, através do nome comercial do medicamento, do nome do fármaco ou da associação medicamentosa componente do produto. Este trabalho foi feito através do sítio <http://www.genericos.med.br/>.

Como já expusemos anteriormente, para fins de padronização oficial do elenco de medicamentos do Ministério da Saúde, consideramos o elenco identificado por PONTES JUNIOR (2007), que considerou produtos incluídos nos Programas de Assistência Farmacêutica daquele órgão e na RENAME de 2002, lista em vigor no ano de 2005, que corresponde ao ano de propositura das ações judiciais objeto de nossa análise.

Conforme aponta Pontes Junior (2007, p. 35):

Diante das dificuldades em se determinar os Programas de Assistência Farmacêutica, e seus respectivos elencos, foram estabelecidos três critérios de inclusão como Programa de Assistência Farmacêutica:

- 1) Programas de Assistência e sua lista de medicamentos instituídos por legislação específica até dezembro de 2005;
- 2) Programas de Assistência Farmacêutica e sua lista de medicamentos presentes em sítios oficiais do Ministério da Saúde até dezembro de 2005 e
- 3) Programas de Assistência Farmacêutica e sua lista de medicamentos presentes na planilha enviada pelo DAF/SCTIE/MS, por meio de correio eletrônico enviado em agosto de 2004.

Desta forma, a relação total de produtos padronizados oficialmente pelo Ministério da Saúde, de acordo com os critérios do referido autor e por nós adotada, alcança 427 fármacos.

Justificada a opção pelo recorte é importante esclarecer alguns aspectos sobre as ações judiciais objeto de nossa pesquisa.

De um modo geral, as ações judiciais para fornecimento de medicamentos são ajuizadas por cidadãos comuns contra algum ente da federação (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), de acordo com os procedimentos⁵⁰ previstos no Código de Processo Civil Brasileiro - CPC (Lei nº 5.869, de 11.01.1973), sendo, desta forma, propostas na Justiça Estadual – se contra Estados, Distrito Federal e Municípios - ou na Justiça Federal - se contra a União e, conseqüentemente, julgadas, em 1ª instância, por um juiz estadual ou federal⁵¹.

Especialmente quanto ao universo selecionado, trabalhamos, portanto, apenas ações propostas contra o Estado do Rio de Janeiro, perante as Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, conforme já mencionado acima. No

⁵⁰ “Complexo de regras em obediência a ritos, dispostas por lei, para que o processo atinja a sua meta. Enquanto o processo é a ação em juízo, o procedimento é o modo de proceder em juízo.” Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª Edição, p. 688.

⁵¹ A partir da Lei 10.259/01, que institui os Juizados Especiais Federais, é possível a propositura deste tipo de ação contra a União, perante os Juizados Federais Cíveis, se o valor envolvido não ultrapassar 60 salários mínimos (art. 6º, II). Com relação aos Juizados Especiais Estaduais, instituídos pela Lei 9.099/95 não existe a possibilidade de propositura deste tipo de ação contra Estados e Municípios, tendo em vista a regra do art. 8º que veda a participação das pessoas jurídicas de direito público – isso inclui Municípios e Estados – nos processos de sua competência.

entanto, o que se observa recentemente é que muitas ações são propostas contra mais de um réu, geralmente, contra o Estado do Rio de Janeiro e o município de residência do autor da ação.

O estudo também utilizou a técnica de entrevista semi-estruturada, realizada com dois magistrados e um gestor estadual, que objetivou analisar a percepção desses atores sobre o problema proposto. A opção de entrevistar apenas magistrados e gestor de saúde e não também os cidadãos autores das ações judiciais se justifica em razão de o foco da nossa análise de dados não ser as entrevistas. Além disso, como se tratam de ações judiciais individuais necessitaríamos de um número significativo de entrevistas, o que não seria possível devido ao tempo consumido com a análise dos dados das ações judiciais.

A análise quantitativa do estudo correspondeu à identificação do tipo de decisão e seu teor - se favoráveis ou não aos autores -, do número de processos em que houve a concessão de medidas liminares e dos medicamentos pleiteados nas ações e suas características, fundamentalmente no que concerne à sua pertinência às listas oficiais de medicamentos elaboradas pelo Ministério da Saúde – RENAME e Portaria sobre medicamentos excepcionais.

Já a análise qualitativa se baseou nos fundamentos e argumentações mais utilizados pelos julgadores para proferir suas decisões e na percepção dos magistrados e gestores em relação à questão da intervenção do Poder Judiciário em matérias relacionadas à saúde, especialmente o fornecimento de medicamentos, obtidas através de entrevistas realizadas com esses atores.

CAPÍTULO IV – RESULTADOS E ANÁLISE

As ações judiciais objeto da pesquisa

Nesta última parte do trabalho pretendemos apresentar os dados coletados junto à SES-RJ e ao TJ-RJ, referentes às ações judiciais propostas no ano de 2005 por usuários do SUS contra o Estado do Rio de Janeiro, tendo como objeto o fornecimento de medicamentos, e as respectivas decisões proferidas pelos juízes de 1ª instância, incluindo decisões liminares e sentenças.

Iniciaremos nossa análise apresentando os aspectos quantitativos da pesquisa para, posteriormente, apresentar a análise qualitativa dos dados.

Nessas condições, através dos dados fornecidos pela SES-RJ e pelo TJ-RJ, identificamos 2.245 ações judiciais propostas contra o Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2005, no Fórum Central da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, tendo por objeto o fornecimento de medicamentos. Destaque-se que, em alguns casos, as ações são propostas não só contra o Estado do Rio de Janeiro, mas também contra o Município no qual reside o autor da ação. Devemos ressaltar também que em algumas ações também são pleiteados outros itens além de medicamentos, tais como alimentos, camas hospitalares, cadeiras de rodas, luvas descartáveis, seringas, sondas, fraldas descartáveis, aparelhos para medir glicose, entre outros.

Os autores das ações⁵² são indivíduos que buscam ter garantido o fornecimento de determinado medicamento que alegam não lhes ter sido entregue pelo órgão do Poder Executivo responsável pelas ações de saúde naquela localidade sob o fundamento legal do direito à saúde, previsto no artigo 196 e da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 8.080/90. Em outras palavras, pode-se dizer que estas ações judiciais seriam medidas tomadas individualmente pelo cidadão na busca pela efetivação, através do Poder Judiciário, de um direito previsto constitucionalmente.

Normalmente os pedidos contêm uma providência em caráter de urgência (liminar ou pedido de antecipação de tutela⁵³), para que o medicamento pleiteado seja fornecido desde logo e não se tenha que aguardar o julgamento do processo. Com o

⁵² Destaque-se que o Ministério Público, assim como associações de pacientes também podem ser autores de ações judiciais com esse fim, mas o universo selecionado inclui apenas aquelas propostas pelos próprios indivíduos.

⁵³ As ações podem vir no formato de ação cautelar ou de ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Ambos os procedimentos comportam uma providência liminar, ou seja, “Providência administrativa de juízo, de caráter discricionário, não recorrível, a menos que lei disponha em contrário, e em geral concedida junto ao despacho da petição inicial, mas podendo ser tomada no curso do processo, e tendo por exclusivo intuito a preservação da inteireza da sentença e a possibilidade do *periculum in mora*. (...)” Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª Edição, p. 556.

deferimento da liminar, o Judiciário emite uma ordem, que consiste na determinação do fornecimento do medicamento pleiteado, e que deverá ser cumprida pelo Estado, de imediato⁵⁴.

Ao deferir o pedido logo de início, o juiz o faz por sua livre convicção, levando em consideração os documentos que instruíram o pedido do autor e o fato de o direito à saúde estar garantido constitucionalmente⁵⁵, além do risco que a ausência daquele medicamento pode trazer para a saúde do indivíduo. Portanto, não há necessidade para o deferimento que o juiz consulte um órgão técnico ou perito médico, já que a demora poderia agravar o estado de saúde do autor da ação.

A decisão do juiz, que comporta a interpretação de um direito previsto na Constituição, é imperativa e deverá ser cumprida pelo Poder Executivo, através de seu órgão responsável pelas ações de saúde.

As sentenças judiciais

Das 2.245 ações judiciais identificadas no ano de 2005, 2.062 processos já tinham sentença proferida pelo Juiz de 1ª instância no momento em que demos início à análise dos dados, ou seja, dezembro de 2006. Sabemos, contudo, que como o processo judicial está em constante movimento, posteriormente à referida data, outras sentenças foram proferidas, mas não serão aqui consideradas. Portanto, com relação às sentenças judiciais proferidas, a nossa pesquisa está delimitada no tempo até o mês de dezembro de 2006.

Para fins de análise das decisões judiciais, optamos por dividi-la em dois aspectos, sendo o primeiro referente ao teor das decisões quanto à procedência do pedido do autor, e o segundo ao fundamento da decisão judicial, ou seja, as argumentações mais frequentes dos juízes para chegarem à procedência ou improcedência do pedido.

Desta forma, com relação ao teor das decisões, partindo-se do universo de 2.062 ações com sentenças proferidas até dezembro de 2006, verificamos que, do total de processos com sentenças proferidas, em 1.829, ou aproximadamente 89% dos casos, os

⁵⁴ Para que haja a concessão de uma providência liminar a parte deve fazer prova do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo na demora). Isto é, que o fundamento de seu direito se percebe desde logo e dificilmente pode ser contestado; e, que a sua situação poderá agravar-se caso a providência não seja tomada logo.

⁵⁵ Muitas vezes os receituários não são nem de médicos do SUS. Atualmente, como relatado pelos magistrados entrevistados, se o receituário não for de médico do SUS o juiz pode não deferir o pedido inicial ou pedir para o requerente substituir o receituário por um emitido por médico do sistema público.

pedidos foram julgados totalmente procedentes, com sentenças favoráveis aos autores das ações, significando dizer que os medicamentos pleiteados foram concedidos pelo juiz nos exatos termos do requerido pelo usuário⁵⁶.

Em 153 processos, aproximadamente 7% dos casos, verificamos que os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, isto é, houve concessão apenas de parte daquilo que foi requerido. Nesses casos, observamos que o pedido do autor contemplava outros itens além de medicamentos e o deferimento pelo juiz se deu apenas com relação a estes últimos.

Em 1% dos casos houve o reconhecimento do pedido do usuário pelo Estado e/ou Município réu da ação, ou seja, a procedência não foi decidida pelo juiz, já que o próprio Estado ou Município reconheceram que os medicamentos pleiteados eram devidos aos autores das ações.

Os restantes 3% dos casos foram situações em que o juiz não chegou a decidir o mérito da causa, sendo os processos extintos antes dessa análise. Observamos diversas causas para extinção dos processos sem análise de mérito, entre as quais se destacam casos de falecimento do autor, desistência da ação, abandono do processo e interrupção de uso do medicamento pleiteado.

Observa-se, portanto, que não existiram casos em que houve o indeferimento do pedido do autor, indicando que o Poder Judiciário tem se manifestado sempre em favor do usuário quando se trata de pedidos sobre medicamentos, independentemente de ser aquele medicamento padronizado ou não pelo Ministério da Saúde, como veremos mais adiante.

No que se refere ao fundamento das decisões proferidas e às argumentações mais freqüentes utilizadas pelos magistrados, observamos que todas as decisões estão fundamentadas no art. 196 da Constituição Federal e na Lei nº 8.080/90, com argumentações no sentido de que é um direito constitucional do cidadão receber do Estado ações e serviços de saúde, incluindo-se nele o fornecimento de medicamentos.

Ainda de acordo com as decisões, os entes federativos são solidários⁵⁷ no dever de fornecer medicamentos aos cidadãos e, ao decidir nesse sentido, a descentralização - um dos princípios do SUS e um dos eixos da Política Nacional de Medicamentos - não é reconhecida pelo Judiciário, uma vez que todos os entes federativos contra os quais foi

⁵⁶ Nos casos em que há o pronunciamento do juiz acerca do objeto discutido no processo, diz-se que há resolução de mérito, estando as hipóteses previstas no art. 269 do CPC. Já quando o juiz não chega a se pronunciar sobre o objeto em litúgio, diz-se que o processo é extinto sem resolução de mérito, de acordo com as hipóteses previstas no art. 267 do CPC.

⁵⁷ Solidariedade – vínculo jurídico pelo qual na mesma obrigação concorrem mais de um credor ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigação na dívida toda. (Dicionário Jurídico, pg. 815)

proposta a ação judicial passam a ser igualmente responsáveis por qualquer medicamento pleiteado, seja ele da assistência básica, estratégico ou excepcional. Inclusive com relação a este tema, existe Súmula do TJRJ, a qual é constantemente mencionada nas decisões e que possui o seguinte conteúdo:

SÚMULA Nº 65
DIREITO À SAÚDE
ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E
MUNICÍPIOS
"Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela".

Observamos também que muitas decisões ao rechaçarem as defesas apresentadas pelo Estado ou Município destacam que a previsão orçamentária não pode ser óbice ao fornecimento de medicamentos.

Além disso, algumas decisões, além de estarem fundamentadas no art. 196 da Constituição Federal, fazem menção ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da mesma Carta Constitucional, argumentando que questões orçamentárias não podem ser postas à frente da dignidade humana, devendo o ser humano ser privilegiado.

Em todas as decisões verificamos referência à jurisprudência de Tribunais Superiores e dos próprios Tribunais Estaduais, no sentido de concessão de pedidos de medicamentos. Aliás, já pudemos ilustrar jurisprudência nesse mesmo sentido no capítulo sobre o direito à saúde.

Todavia, o que nos chama atenção nas decisões é que não fazem referência à questão da padronização ou às próprias listas de medicamentos, tais como a RENAME ou a Portaria sobre medicamentos excepcionais, apesar de grande parte dos processos versarem sobre medicamentos não incluídos nestas listas, como será visto. Na verdade, caso os magistrados levassem em consideração em suas decisões a existência das listagens do Ministério da Saúde e concedessem pedidos apenas referentes a itens previstos em tais relações, muitos pedidos deveriam ser indeferidos.

Este fato corrobora, portanto, a nossa argumentação apresentada no capítulo sobre o direito à saúde, no sentido de que o Poder Judiciário, especialmente os juízes de 1ª instância, nos processos que versam sobre concessão de medicamentos, não tem considerado a produção normativa dos órgãos técnicos do Executivo encarregados de regulamentar a assistência farmacêutica no país.

Os medicamentos pleiteados

No que se refere aos medicamentos pleiteados nos processos judiciais objeto de nossa pesquisa, devemos esclarecer que não foi possível identificá-los em todos os 2.062 processos com sentenças proferidas até dezembro de 2006. Isto porque, como já esclarecido no capítulo dedicado à metodologia, por se tratarem de muitos processos, não teríamos como examiná-los fisicamente um a um, motivo pelo qual utilizamos os dados processuais disponíveis através de consulta ao endereço eletrônico do TJ-RJ (www.tj.rj.gov.br), que foram validados pelo Departamento de Sistemas, Divisão de Sistemas Judiciais e Extrajudiciais de Informática do TJ-RJ.

Contudo, os dados contidos na *Internet* fornecem apenas o conteúdo da sentença judicial e não daquilo que foi pleiteado na petição inicial pelo autor da ação. Assim, se na sentença não há a transcrição do nome do medicamento pleiteado pelo autor, mas tão somente a referência à folha do processo na qual foi feito o pedido, esse dado não constará do sistema.

Assim sendo, através das informações processuais contidas no referido endereço eletrônico e posteriormente validadas, foi possível identificar os medicamentos pleiteados em 704 processos, tendo o universo de nossa pesquisa, no que se refere à identificação dos medicamentos, ficado restrito a este número.

Nos 704 processos pesquisados foram identificados 334 produtos, conforme quadro do Anexo I, entre fármacos e associações medicamentosas. Ressalte-se que nos 334 produtos identificados estão incluídos medicamentos excepcionais, estratégicos e da atenção básica, classificação esta que já expusemos no capítulo dedicado ao direito à saúde.

A nossa análise foi realizada a partir do fármaco ou da associação medicamentosa, tal como consta das listas do Ministério da Saúde. Os medicamentos de marca tiveram seus nomes decompostos nos nome dos fármacos ou das associações medicamentosas, conforme exposto na metodologia.

Nessas condições, dos 334 fármacos e associações medicamentosas, 175, ou 52%, estão padronizados pelo Ministério da Saúde, fazendo parte de Programas específicos ou estando listados na RENAME ou em Portarias.

Os restantes 159 produtos identificados, que representam, portanto, aproximadamente 48% do total, não estão listados nas normas acima mencionadas.

Destaque-se, ainda, terem sido verificados, como já antes mencionado, pedidos referentes a materiais, formulados juntamente com os de medicamentos. Entre estes, identificamos os seguintes itens: algodão, aparelho, caneta e fitas reagentes para medir

glicose, bolsa coletora, cateter, cama hospitalar, cadeira de rodas, cadeira higiênica, dispositivo para incontinência urinária, esparadrapo, fraldas geriátricas, gaze, leite de soja, meias elásticas e diferentes tipos de sonda.

Da mesma maneira, os materiais pleiteados e acima relacionados não estão contemplados nas listas do Ministério da Saúde, porque tais listas só cuidam dos medicamentos.

Acreditamos ser importante acrescentar, com o fim de tornar mais enriquecedora nossa análise, a questão das doenças associadas aos pedidos de medicamentos formulados nas ações judiciais. Conforme expõem Messeder, Osório de Castro e Luiza (2005), as ações judiciais para fornecimento de medicamentos no início dos anos noventa tinham como objeto, predominantemente, os casos de HIV/Aids. Entretanto, de acordo com o mencionado trabalho, desde 1999 houve uma queda nos pedidos destes medicamentos e os dados do nosso trabalho mostram que, atualmente, não é mais esta condição patológica a que predomina nos Tribunais, o que acreditamos, inclusive, estar associado à promulgação da Lei nº 9.313/96 e à efetiva implementação do Programa Nacional DST/Aids.

De acordo com o que pudemos extrair, identificamos 546 processos, dos 2.062 com sentenças proferidas, que continham o nome da condição patológica que levou ao pleito pelo medicamento. Nesses, as condições mais observadas foram Diabetes (29%), Artrite Reumatóide (20%), Hepatite C (14%), Asma e Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica – DPOC (14%), Hipertensão (12%) e Câncer, incluindo de próstata, de mama e outros (11%). Além dessas, foram identificadas Mal de Alzheimer (6%), Mal de Parkinson (3%), Cardiopatias (8%), Esquizofrenia (4%) e Glaucoma (5%).

Destaque-se, ainda, em relação às referidas condições patológicas, que os medicamentos referentes à Hepatite C e à Artrite Reumatóide, dois dos casos mais observados, são aqueles que apresentam valores mais elevados, podendo citar, a título de exemplo, os medicamentos Inflixmab (ou Remicade), Adalimumabe (ou Humira) e Etanercepte (ou Enbrel), para Artrite Reumatóide, e o Interferon Peguilado (ou Avonex) para Hepatite C, com valores que oscilam, aproximadamente, entre R\$ 3.500,00 e R\$ 6.500,00 cada.

Apesar de tais medicamentos estarem padronizados, pois fazem parte da lista de medicamentos excepcionais, sua dispensação deve obedecer aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas traçados para o tipo de doença identificado, que estabelecem critérios de inclusão/exclusão de pacientes no tratamento, critérios de diagnóstico, esquema terapêutico preconizado e mecanismos de acompanhamento e avaliação do

tratamento, regras que não foram observadas pelo Judiciário no deferimento dos pedidos.

Da mesma maneira, as listas de medicamentos estabelecidas pelo Ministério da Saúde também não foram observadas no deferimento dos pedidos, já que grande parte dos medicamentos e materiais pleiteados não estão padronizados pelo Ministério da Saúde e, mesmo assim, foram deferidos. O quadro do Anexo 1 relaciona os medicamentos pleiteados, não padronizados, mas deferidos nas ações.

Todavia, nem a padronização oficial, muito menos os critérios estabelecidos pelos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas foram observados pelos magistrados ao analisarem os pedidos formulados nas ações judiciais, tendo sido deferidos todos os tipos de medicamentos pleiteados, sejam eles padronizados ou não, e na forma requerida pelo autor da ação.

As liminares deferidas

Devemos acrescentar à nossa análise, a questão das medidas liminares deferidas nas ações analisadas, que complementa a análise acima apresentada.

Como já esclarecido anteriormente, a liminar constitui uma decisão provisória, proferida pelo juiz, que determina uma providência a ser tomada antes da discussão do conteúdo, normalmente, logo que recebido o processo pelo juiz, com a finalidade de resguardar direitos. No caso dos medicamentos, o argumento dos autores para concessão das liminares, de forma geral, se refere ao risco do agravamento de sua condição de saúde.

Observamos que em todos os 704 processos, que constituem nosso universo de medicamentos pleiteados, houve requerimento e concessão de medidas liminares para fornecimento dos medicamentos. Não houve, portanto, indeferimento de nenhum pedido, constatando-se em apenas 4 processos que o deferimento da liminar foi parcial, uma vez que os pedidos englobavam materiais ou alimentos, além dos medicamentos, e a decisão concedeu a liminar apenas no tocante a estes últimos.

Ao deferir o pedido logo de início, o juiz o faz por sua livre convicção, levando em consideração os documentos que instruíram o pedido do autor, o alegado agravamento da condição de saúde e o fato de o direito à saúde estar garantido

constitucionalmente⁵⁸. Portanto, não há necessidade para o deferimento, que o juiz consulte um órgão técnico ou perito médico.

A decisão do juiz, que comporta a interpretação de um direito previsto na Constituição, é imperativa e deve ser cumprida de imediato pela Secretaria de Saúde, assim como posteriormente deverão o ser as sentenças.

Importante destacar quanto às liminares, apesar de não termos vislumbrado esse tipo de situação na nossa análise, que o seu deferimento pelo juiz não significa que, posteriormente, no momento de proferir a sentença, o autor da ação terá o seu pedido deferido. Pode ocorrer de o juiz chegar à conclusão, após melhor análise e instrução do processo (a realização de uma perícia médica que indique não ser aquele o tratamento adequado, p. exemplo), que o autor da ação não deve ter deferido o seu pedido. No entanto, durante o período compreendido entre a decisão que concedeu a liminar e a sentença, o cidadão terá ficado recebendo o medicamento do Estado e os recursos gastos com essa situação não retornarão aos cofres públicos.

Desta forma, pode-se dizer que as decisões liminares deferidas para o fornecimento de medicamento são irreversíveis, pois, ainda que na sentença o pedido venha a ser indeferido, o Estado não irá reaver os medicamentos ou os recursos investidos.

As entrevistas realizadas

Para enriquecer esta parte do trabalho, permitindo uma melhor análise da situação mostrada pelos dados, a seguir serão expostas as percepções de atores envolvidos na questão das demandas judiciais para obtenção de medicamentos, obtidas através de entrevistas realizadas no segundo semestre do ano de 2006 com membros do Poder Judiciário e do Poder Executivo, sendo dois magistrados, um de 1ª e outro de 2ª instância, e o Sub-Secretário de Saúde no Estado do Rio de Janeiro.

Optamos por entrevistar apenas membros do Poder Judiciário e do Executivo, apesar de reconhecermos ser o cidadão, usuário do SUS e autor de ações judiciais para fornecimento de medicamentos, também ator importante nesse processo.

A tendência de o Poder Judiciário sempre deferir as liminares e proferir sentenças concedendo os medicamentos pleiteados, sejam eles padronizados ou não,

⁵⁸ Muitas vezes os receituários não são nem de médicos do SUS. Atualmente, como relatado pelos magistrados entrevistados, se o receituário não for de médico do SUS o juiz pode não deferir o pedido inicial ou pedir para o requerente substituir o receituário por um emitido por médico do sistema público.

pode ser melhor compreendida se levarmos em consideração o discurso do magistrado de 2ª instância:

As questões são trazidas ao Poder Judiciário individualmente; não é trazido ao Judiciário, para sua apreciação, a questão da opção por adoção de determinadas tecnologias, determinados tratamentos, determinados medicamentos, em detrimento de outras políticas de saúde pública que eventualmente poderiam, a um custo menor, ter uma eficácia populacional maior. Essa questão não é discutida no Poder Judiciário. A questão que é discutida no Poder Judiciário é que existe um paciente precisando de um determinado medicamento que um médico da própria saúde pública diz que é necessário.

E no mesmo sentido é a manifestação do magistrado de 1ª instância, que lida diariamente com ações judiciais versando sobre medicamentos: “é muito complicado saber que a vida de uma pessoa está nas suas mãos, que se você indeferir o pedido a pessoa poderá morrer”.

Outro aspecto importante, extraído também da manifestação do magistrado de 2ª instância, se refere à percepção deste ator sobre a regulamentação do art. 196 da Constituição Federal. O entrevistado considera que o referido dispositivo não estaria devidamente regulamentado pelo Poder Legislativo, dando margem a uma interpretação do Judiciário, que estaria se substituindo àquele Poder. Reconhece, contudo, que se houvesse uma regulamentação que melhor definisse o conteúdo do artigo 196, tais leis seriam observadas pelo Judiciário. Assim vejamos:

Num primeiro momento a gente precisa definir uma linha divisora do que é realmente a responsabilidade do Poder Judiciário e o que é a responsabilidade do Poder Legislativo. O legislador constituinte, num arroubo de populismo, usou expressões que geraram uma expectativa que na prática se mostrou inviável. Então, quando o artigo prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, ele cria uma situação de interpretação legislativa do Poder Judiciário; o Poder Judiciário pode até interpretar, mas não pode negar a existência da lei, ainda mais um dispositivo constitucional, que é, enfim, a vontade principal da nação.

(...) isso está acontecendo porque a gente está vivendo um momento da República em que o único poder que efetivamente está funcionando e cumprindo seu papel é o Poder Judiciário (...) se o Legislativo estivesse operando, no sentido de criar dispositivos legais definidores de uma política de saúde pública, o Judiciário cumpriria essas leis. (...) Se o legislador diz o seguinte: a saúde pública atenderá isonomicamente com as seguintes condições e nos limites orçamentários e aí define qual é a política de saúde pública.

O entrevistado, de outro lado, reconhece a falta de habilidade para lidar com matérias que abrangem questões políticas e exigem conhecimentos técnicos, que originalmente são de competência dos Poderes Executivo e Legislativo. O discurso do

magistrado sugere que o Judiciário está abraçando funções de competência dos outros Poderes:

Então, quando o juiz faz um julgamento de um caso concreto, que ele determina a compra de um determinado medicamento que não está disponível na rede pública, na verdade, ele está olhando o papel, quando na verdade como ele está realizando essas três funções ele teria que ter uma visão que ultrapassasse essa opacidade do papel e enxergasse que na verdade isso é uma regulamentação do mercado, tanto da saúde pública quanto da saúde suplementar, no fundo quando o juiz diz: 'compra esse medicamento', ele está interferindo na política de saúde pública, está interferindo na política econômica, está interferindo no orçamento do Estado, está interferindo na gestão, e aí ele está se substituindo na função dos outros Poderes. Isso pode trazer conseqüências individualmente boas e coletivamente péssimas, porque efetivamente determinado custo de um tratamento pode inviabilizar milhões de outras intervenções de baixíssimo custo.

(...) Como esses dois Poderes não estão funcionando elas tendem a vir para o Judiciário que na verdade não está preparado nem para agir como legislador e nem como administrador.

O discurso do representante do Poder Executivo, por sua vez, não chega a tocar na atuação do Judiciário ou do Legislativo, se limitando a apontar causas para o crescimento no número de ações judiciais para fornecimento de medicamentos, fazendo referência específica a dois supostos problemas, que seriam o crescimento do rol de medicamentos incorporados ao sistema e o crescimento do número de pacientes que recorrem ao sistema, causas estas que associadas à falta de recursos criam o quadro que vem sendo observado, conforme colocado pelo entrevistado:

Você tem por um lado a grade de medicamentos que se ampliou consideravelmente; por outro você tem a quantidade de usuários que são portadores de patologias e que necessitam desses medicamentos e que buscam o medicamento. Esse crescimento ele se deu em forma geométrica, mas o crescimento dos recursos não acompanhou a mesma forma do crescimento dos usuários, dependentes do sistema para isso, e da grade de medicamentos. Eu diria que esse lado é o lado negativo, é o lado difícil da questão. Agora, isso no Sistema Único de Saúde, uma das características desse sistema ele é extremamente inclusivo e nisso é um ponto muito positivo, ele ampliou o acesso, sem dúvida alguma, mas o financiamento do sistema ainda é uma interrogação muito grande. Tem a Emenda Constitucional 29 que está aí colocada, mas que não foi até hoje regulamentada. (...) Há um estudo inclusive do CONASS, da área do financiamento do sistema, que diz que aproximadamente R\$30.000.000,00 a menos estão no sistema de saúde. É uma realidade cruel porque você tem mais demanda, mais pessoas sendo atendidas e você tem menos recursos no sistema e eu acho que inclusive por conta dessa realidade a questão de medicamentos fica mais agravada.

Interessante observar, ainda, que o Executivo também coloca a falta de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29 como um problema para o financiamento do Sistema, ou seja, haveria uma omissão do Legislativo, o que acabaria

por agravar a situação do fornecimento de medicamentos. Aliás, nesse aspecto, o discurso do representante do Executivo vai ao encontro de uma das falas do membro do Poder Judiciário.

Possíveis significados dos dados e das entrevistas

A situação apresentada com a análise dos dados nos sugere que o direito à saúde, no que se refere à assistência farmacêutica, não está sendo efetivado em sua plenitude - levando-se em consideração os princípios da integralidade e universalidade -, uma vez que 52% dos pedidos de medicamentos pleiteados nas ações judiciais se referem a produtos padronizados pelo Ministério da Saúde, sugerindo que os usuários tiveram que acessar o Poder Judiciário para obter o fornecimento de determinado medicamento, que deveria ter sido fornecido pelo Poder Executivo, através de sua Secretaria Estadual de Saúde.

Todavia, de outro lado, os dados também mostram que o Poder Judiciário não tem respeitado as normas técnicas sobre assistência farmacêutica no SUS e tem agido como verdadeiro órgão de dispensação de medicamentos, interferindo na política de saúde previamente planejada pelos órgãos do Poder Executivo, já que 48% dos medicamentos requeridos não estão padronizados pelo Ministério da Saúde e, mesmo assim, tiveram seu fornecimento deferido pelo Poder Judiciário.

Esta situação pode levar a um desequilíbrio no SUS e também a uma violação ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, visto que o fornecimento de determinado medicamento não padronizado para um indivíduo pode representar a falta de outro para o restante da coletividade.

Além disso, a dispensação de medicamentos pelo Judiciário sem observância da padronização oficial, compromete outras diretrizes da Política Nacional de Medicamentos, traçadas na Portaria nº 3.916/98, tais como a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos e a promoção de seu uso racional.

No que se refere às entrevistas, observamos os representantes do Judiciário reconhecendo sua falta de conhecimento técnico para lidar com decisões políticas, mas justificando sua atuação pela omissão dos demais Poderes, seja pela falta de regulamentação dos dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde, seja pela falha na implementação das políticas de saúde pública, acrescentando que, como o Judiciário não pode se abster de julgar, acaba por atuar com funções de legislador e administrador.

Entretanto, em nenhum momento os magistrados entrevistados fizeram menção à regulamentação já existente sobre medicamentos, disposta através de Portarias que comportam uma lista de medicamentos padronizados pelo Ministério da Saúde. Apesar de um dos magistrados fazer menção à regulamentação dos dispositivos constitucionais, parece considerar apenas a existência de regulamentação no formato de leis federais, mas não aquela emanada do Poder Executivo.

Já o representante do Poder Executivo parece associar a questão das demandas judiciais à falta de recursos em oposição ao crescimento da quantidade de medicamentos, de patologias e do número de usuários que buscam o SUS, donde podemos interpretar haver um reconhecimento de não estar ocorrendo uma plena efetivação do direito à saúde, no que tange ao fornecimento de medicamentos.

O cenário mostrado com os dados e as entrevistas nos indica duas situações distintas: 1) problemas na efetivação do direito à saúde por parte do competente órgão do Executivo Estadual, no que se refere ao fornecimento de medicamentos; e, 2) excesso de intervenção do Poder Judiciário neste aspecto da política de saúde.

O que parece estar ocorrendo, de acordo com nossa interpretação, é que o Poder Judiciário, visando suprir as possíveis omissões dos demais Poderes da República na efetivação do direito à saúde, passou a deferir todos os pedidos formulados nas ações judiciais.

Isso indica, de um lado, um Judiciário cada vez mais se sensibilizando com as questões sociais do país e, na sua esfera de atuação, dando efetividade aos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Porém, de outro, vislumbramos uma espécie de “queda de braço” entre os Poderes, na medida em que atos normativos do Executivo não são reconhecidos (ou são desconhecidos) pelo Judiciário, que, além do mais, cobra regulamentação dos dispositivos constitucionais referentes à saúde por parte do Legislativo.

Entretanto, este posicionamento do Poder Judiciário, mormente dos juízes de 1ª instância no julgamento dessas ações, poderá trazer sérios problemas à assistência farmacêutica no SUS, como, aliás, já vem sendo manifestado pelos representantes do Executivo responsáveis pelas ações de saúde no país. Isso porque, se admitirmos que a escassez de recursos é uma realidade do sistema, despesas com itens não previstos no SUS só sobrecarregariam mais o sistema.

Se examinarmos a questão sob o prisma do usuário do SUS, o crescimento das demandas judiciais nos indica uma difusão e absorção dos direitos e princípios

constitucionais pela sociedade como um todo⁵⁹. Também indica que o acesso à justiça vem sendo facilitado no país⁶⁰.

Além disso, as demandas judiciais podem operar um efeito indutor no processo político, não só alterando as políticas públicas já em curso, mas indicando como devem ser pensadas políticas para o futuro, posição esta sustentada por Stone Sweet (2000, p. 113):

*Concrete review referrals and individual complaints organize the protection of rights outside of parliamentary space. While designed to restore or protect individual rights that have already been violated, such procedures none the less have the capacity to generate or restructure ongoing and future legislative process.*⁶¹

Esse aspecto indutor das demandas judiciais pode ser ilustrado através da experiência canadense no chamado caso *Chaoulli*, julgado pela Suprema Corte do Canadá em 2005. Apesar das particularidades do caso e do sistema de saúde e Judiciário canadenses, a situação, que se refere a uma ação judicial proposta por um usuário do sistema público de saúde contra o Estado (província de Quebec) pelo tempo de espera na fila para realização de cirurgia de joelho, provocou mudanças na legislação local, limitando o tempo em fila de espera para cirurgias eletivas, que podem ser assim resumidas, nas palavras de Marchildon (2006, p. 24):

*In response to the Chaoulli ruling, the provincial government of Quebec made a number of changes in February 2006. The province changed its law to permit the purchase of private health insurance for three elective procedures, hip and knee replacements and cataract surgery, with a waiting time guarantee of six months, Quebec residents will be sent for immediate treatment at a public facility in another part of the province; after nine months, they can obtain treatment outside the province or at a private clinic within the province at government expense.*⁶²

No entanto, uma outra interpretação sobre as demandas judiciais individuais para efetivação do direito à saúde pode nos levar a uma visão de busca individualizada pela efetivação das políticas públicas. Assim, na visão exposta por Werneck Vianna et al (1999, p. 23) sobre o pensamento de J. Habermas e A. Garapon, “a invasão da política

⁵⁹ Grande parte dos indivíduos autores das ações judiciais são beneficiários da gratuidade de justiça, o que indica serem eles integrantes de classes sociais mais baixas.

⁶⁰ Aspecto sustentado por Werneck Vianna et al (1999) ao estudar a judicialização das relações sociais.

⁶¹ Os requerimentos de inconstitucionalidade e os litígios judiciais individuais moldam a proteção de direitos fora da esfera parlamentar. Apesar de visarem a proteção de direitos que já violados, tais procedimentos judiciais têm a capacidade de criar ou reestruturar futuros processos legislativos e os já em curso. Tradução livre da autora.

⁶² Em resposta ao caso *Chaoulli*, o governo da província de Quebec procedeu a uma série de mudanças na sua legislação em fevereiro de 2006. A província mudou as leis locais para permitir a realização de três procedimentos eletivos, através do sistema de saúde privado, com pagamento pelo governo, quando as filas para realização de tais cirurgias ultrapasse o prazo de nove meses. Tradução livre da autora.

pelo direito mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, ‘ao gozo passivo de direitos’, ‘à privatização da cidadania’ ao paternalismo estatal (...), ‘à clericalização da burocracia’, ‘a uma justiça de salvação’, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial”.

CAPÍTULO V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário vem ocupando um espaço cada vez maior dentro de nossa sociedade, seja por sua atuação em questões que envolvem decisões políticas, seja por sua interferência em assunto envolvendo as próprias relações sociais.

Este fenômeno, denominado pela doutrina de judicialização (da política ou das relações sociais), está associado a diversas causas, que variam de acordo com as características históricas de cada sociedade. No caso brasileiro, podemos apontar como duas importantes causas o surgimento do Estado de Bem-Estar Social e a positivação dos direitos fundamentais.

As duas mencionadas causas foram decisivas para a ocorrência de um novo formato de judicialização da política, consistente nas demandas judiciais individuais para efetivação dos direitos sociais e, no nosso caso específico de análise, o direito social à saúde, previsto nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal.

Nos últimos anos observou-se um acentuado crescimento no número de demandas judiciais para efetivação do direito à saúde, mormente no que toca ao fornecimento de medicamentos. Se no início dos anos noventa estas demandas tinham por objeto medicamentos para o tratamento de HIV/Aids, hoje o perfil das ações é bem diferente, abrangendo outras patologias.

Uma das grandes questões relacionadas a estas demandas judiciais diz respeito à delimitação do conteúdo do referido artigo 196, ou seja, aos limites daquilo que pode ser exigido do Estado no que se refere às ações e serviços de saúde e, especialmente no caso deste trabalho, os medicamentos que devem ser fornecidos pelo Estado, uma vez que o teor do mencionado dispositivo constitucional é amplo (“A saúde é direito de todos e dever do Estado...”)

O Poder Executivo, via Ministério da Saúde, e este, através de seus órgãos técnicos especializados, regulamenta a assistência farmacêutica no país, definindo em normas infralegais, especialmente em Portarias, a relação de medicamentos que estão disponíveis no SUS e que podem ser fornecidos à população. O fornecimento de medicamentos deve obedecer ainda, quando for o caso, os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas também delineados em Portarias do Ministério da Saúde.

Nas recentes intervenções do Judiciário nas questões relativas ao fornecimento de medicamentos, pudemos distinguir duas diferentes realidades, uma representada por situações onde o direito à saúde dos usuários do SUS pode estar sendo suprimido e outra consistente nos excessos cometidos por este Poder ao não respeitar os limites do

Sistema, colocados através de definições técnicas de incorporação tecnológica e delineados através das normas editadas pelo Ministério da Saúde.

A intervenção do Judiciário é necessária para coibir abusos das autoridades públicas na saúde, devendo este Poder atuar no controle da legalidade, verificando, por exemplo, se estão sendo aplicados os recursos financeiros de acordo com os percentuais mínimos constitucionais; se a execução dos serviços está fundada nos princípios do SUS e conforme as políticas traçadas pelo Executivo; se as unidades de saúde estão devidamente abastecidas; se as listas de medicamentos estão sendo revisadas periodicamente e de acordo com critérios científicos.

No entanto, o que se observa é que o Judiciário vem atuando para além dessas questões, para além do controle da legalidade. As decisões sobre o deferimento de medicamentos, especialmente daqueles que não constam das listas oficiais, não abordam apenas o controle de legalidade, mas representam verdadeiras decisões políticas sobre alocação de recursos.

Esse tipo de conflito se apresenta de forma diversa daqueles que o Judiciário está acostumado a lidar; são conflitos plurilaterais, envolvendo justiça distributiva, nos quais estão em jogo bens providos pelo Estado com recursos públicos, cuja decisão sobre a adjudicação do bem afetará, ainda que indiretamente, toda a coletividade.

Nesse contexto, não podemos nos esquecer que a estruturação e o bom desempenho do SUS necessita de planejamento, baseado em critérios epidemiológicos, de incorporação de tecnologia, protocolos de conduta e limites orçamentários. Para isso, os órgãos técnicos do Ministério da Saúde elaboram políticas e planos de ação visando delinear os serviços e ações de saúde que devem ser prestados pelo Estado, de forma que o atendimento ao usuário ocorra da melhor maneira possível, respeitando os princípios da integralidade e universalidade e, ainda, os da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Apesar de teoricamente não ser o Judiciário a esfera adequada para a solução de conflitos envolvendo a alocação de recursos na área da saúde, os dados nos mostram que os conflitos judiciais versando sobre o direito à saúde, especialmente sobre o fornecimento de medicamentos, cresceram nos últimos anos.

Assim, já que o Judiciário não poderá deixar de julgar (artigo 126 do CPC), deverá aparelhar-se para melhor decidir conflitos dessa natureza, na verdade, para superar os obstáculos a ele impostos, como visto no capítulo sobre judicialização, o que incluiria desde mudanças na formação dos profissionais do Direito, adoção de novos critérios de decisão e mudanças na relação com os demais Poderes, principalmente o

Executivo - de onde emanam as normas técnicas sobre o fornecimento de medicamentos.

A adoção de novos critérios de decisão por parte do Judiciário implica não só o respeito às normas técnicas do Executivo, mas também uma análise do assunto baseada não apenas numa interpretação extensiva do artigo 196 da Constituição, mas em critérios racionais, utilizando-se dados já existentes sobre o acesso e a distribuição de medicamentos, associado às construções jurídico-doutrinárias existentes sobre a eficácia dos direitos sociais- especialmente a saúde, como visto no capítulo sobre o direito à saúde.

A recente decisão do STF, de lavra da Ministra Ellen Gracie, citada no capítulo sobre o direito à saúde, já nos dá indícios de que o Judiciário começa a respeitar os limites delineados pelo Ministério da Saúde.

De parte do Executivo, especialmente dos gestores de saúde, podemos exigir um efetivo cumprimento da alocação dos recursos para a saúde estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 29, visando uma efetiva implementação do atual estágio do SUS.

Quanto ao Legislativo, vislumbramos sua contribuição através da adequada regulamentação da assistência farmacêutica no SUS, o que já teve início com os Projetos de Lei de iniciativa do Senado (219/2007 e 338/2007), que, se aprovados, contribuirão para uma melhor compreensão e decisão do assunto pelo Judiciário, a exemplo do que ocorreu com o caso HIV/Aids.

Nesse sentido, deve-se destacar que as atuais normas do Ministério da Saúde sobre a padronização de medicamentos não estão consolidadas em um único documento. Este fator dificulta muito o trabalho dos profissionais que lidam com o assunto, mormente quando se é necessário determinar todos os Programas e listas oficiais de medicamentos, o que foi apontado inclusive por Pontes Júnior (2007) em sua dissertação. Lembre-se que a RENAME, talvez a lista de mais fácil acesso, uma vez que está disponível, em sua íntegra, no sítio do Ministério da Saúde, não contém todos os produtos distribuídos por este órgão.

Portanto, se reunir o elenco de produtos oficiais distribuídos pelo Ministério da Saúde é uma tarefa difícil para estudiosos da área, mais ainda será para o Poder Judiciário, que não tem conhecimento técnico sobre o assunto. Por este motivo, a consolidação do elenco oficial em uma única norma seria de grande valia para uma melhor abordagem do tema pelo Poder Judiciário.

Por fim, entendemos também ser necessária uma conscientização dos profissionais de saúde prescritores dos medicamentos, também atores neste processo,

seja no que se refere à padronização dos itens pelo Ministério da Saúde, seja na promoção do uso racional de medicamentos.

Alguns limites enfrentados devem ser considerados. Primeiramente não conseguimos obter os dados referentes aos medicamentos pleiteados em todos os processos com sentença até 2006, motivo pelo qual restringimos nosso universo, nesse aspecto, a 704 processos. E, por fim, devemos considerar os limites da própria mestranda, que, pela primeira vez, realizou uma pesquisa contemplando aspectos quantitativos e a sua falta de “intimidade” com o vocabulário da área farmacêutica, devido à sua formação jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico, Planejado organizado e redigido por SIDOU, JMO.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, 217:55-66, jul/set., 1999.

AMARAL, G. Direito, **Escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMATO NETO, V; PASTERNAK, J. Sistemas de atendimento à saúde. *Folha de São Paulo on line*, publicada em 11/07/2007. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1107200709.htm>>. Acesso em 11/07/2007.

_____. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre Poderes. In: TORRES, RL. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, A. F. O direito à saúde e a judicialização das políticas sociais: alguns aspectos doutrinários. Texto elaborado no âmbito do Projeto “relações Público-Privado: o Caso da saúde Suplementar”, desenvolvida pelo **Laboratório de Economia Política da Saúde - LEPS** em 2004.

BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região.** Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS. Artigo publicado em 30.06.2004. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm> Acesso 06 out. 2006.

BOBBIO, N. **Dicionário de política.** Volumes 1 e 2. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

_____. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003. Lumen Juris Editora.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. D.O.U. de 17.01.1973.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e

direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. D.O.U. de 25.07.1985.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços e dá outras providências. D.O.U. de 20.9.1990.

BRASIL. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. D.O.U. de 31.12.1990.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. D.O.U. de 27/09/1995.

BRASIL. **Lei nº 9.313 de 13 de novembro de 1996.** Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. D.O.U. de 14/11/1996.

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. D.O.U. de 1º/02/1999.

BRASIL. **Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. D.O.U. de 13/07/2001.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. D.O.U. de 11/01/2002.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.318/GM de 23 de julho de 2002.** Define, para o Grupo 36, medicamentos, da Tabela Descritiva do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde - SIA/SUA, a forma e a redação estabelecidas no anexo desta Portaria.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 2.475/GM de 13 de outubro de 2006.** Aprova a 4ª edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 2.577/GM de 27 de outubro de 2006.** Aprova o componente de medicamentos de dispensação excepcional.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 3.916/GM de 30 de novembro de 1998.** Aprova a Política Nacional de Medicamentos.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução nº 338 de 2004.** Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relação de Medicamentos Essenciais. (RENAME) 2002. Disponível em <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/rename02.pdf>. Acesso em 12/01/2007.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) 2007. Disponível em

<http://bvsm.s.saude.gov.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/ms/?&IsisScript=iah%2Fiah.xic&lang=P&base=MS&nextAction=lnk&exprSearch=RENAME>. Acesso em 17/03/2007.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº. 219/2007, de 03/05/2007.** Disponível em http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80822. Acesso em 10/07/2007.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº. 338/2007, de 13/06/2007.** Disponível em http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81517. Acesso em 10/07/2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador.** 2ª ed. Almedina Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993/Reimpressão 1999.

CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, Nov., 2004.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, G. I., SANTOS, L. Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90). São Paulo: Hucitec, 1992.

CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** São Paulo, v. 12, n34, julho, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS. **Assistência Farmacêutica no SUS.** 1ª ed. Brasília: CONASS. Coleção Progestores. V. 7., 2007.

CONSELHO DA EUROPA. Carta Européia de Direitos Sociais (European Social Charter). Tratado assinado em Turim em 18/10/1961. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=035&CM=10&DF=7/19/2007&CL=ENG>. Acesso em 02.08.2006.

CONSTANTINO, L; FREITAS, S. Usuários do sistema público recorrem à Justiça para garantir medicamentos e tratamento de alto custo. Matéria publicada no **Jornal Folha de São Paulo**, edição do dia 1º.08.2005.

DALLARI, S. G. Organização jurídica da Administração Pública em saúde. In: **Fundamentos da Vigilância Sanitária**, Org. ROZENFELD, S. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DO DIREITO. Coordenação BARRETO, V. P. Editora Unisinos e Editora Renovar, 2006.

DWORKIN, R. **O império do direito.** 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. A justiça e o alto custo da saúde. In DWORKIN, R. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENTERRIA, E. G. **Legislacion Delegada, Potestad Reglementaria Y Control Judicial**. 3ª edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1998.

ESTEVEVES, J. L. M. Cidadania e judicialização dos conflitos sociais. **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina, v. 2, 2004.

FARIA, J. E. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, J. E. (Organizador). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O Judiciário e os direitos sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira. In: FARIA, J. E. (Organizador). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA, C. et al. **O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso Aids**. São Paulo, 2004. Monografia vencedora do Concurso de Monografias “Prêmio IPEA 40 anos” Disponível em <<http://getinternet.ipea.gov.br/SobreIpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>>. Acesso em 12 jan. 2007.

FRANÇOIS-XAVIER BAGNOUD CENTER FOR HELATH AND HUMAN RIGHTS and HARVARD SCHOOL OF PUBLIC HEALTH. **Economic and social rights and the right to health**. An interdisciplinary discussion held at Harvard Law School in September, 1993.

_____. **Health and human rights: basic international documents**. Harvard University Press, 2004.

GOUVÊA, M. M. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Coordenador BINENBOJM, G. Editora Lumen Juris, v. 12., p. 119-165, 2003.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE. ASSESSORIA TÉCNICA. **Nota técnica sobre judicialização do acesso a medicamentos**, de 17 de maio de 2006.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**, volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HUISMAN, D. Dicionário dos Filósofos. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2ª tiragem, 2004.

IBAÑEZ, P. A. Democracia com juízes. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, n. 94, p.31-47, junho, 2003. In: CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, Nov., 2004.

MEDEIROS, L. Saúde em Debate. Matéria publicada no **Jornal O Globo**, p. 12, ‘O país’, edição do dia 14.03.2006.

KOOPMANS, T. Courts and political institutions: a comparative view. Cambridge University Press, 2003.

- LOPES, J. R. L. **Direitos sociais: teoria é prática**. São Paulo: Método, 2006.
- LOPES, C. R.; VASCONCELOS, W. Quando o remédio pode virar veneno. **Revista Radis - Comunicação em Saúde**, n. 43, Março de 2006. Disponível em http://www.ensp.fiocruz.br/radis/43/pdf/radis_43.pdf . Acesso em 02.08.2006.
- MACIEL, D; KOERNER A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova - Revista de Cultura e Política / CEDEC**. São Paulo. n. 57, p. 113-133, 2002.
- MAGALHÃES; S. M. S.; CARVALHO, W. S. O farmacêutico e o uso racional de medicamentos. In ACURCIO, F. A. (Organizador), **Medicamentos e Assistência Farmacêutica**. Belo Horizonte: Coopmed, p. 83-97, 2003.
- MANFREDI, CP; MAIONI, A. Courts and health policy: judicial policy making and publicly funded health care in Canada. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Duke University Press, Durhan, v. 27, n. 2, apr., 2002. p. 213-240.
- MARCHILDON, G. P. **Managerial versus financial reform and the future of public health care in Canadá**. Eurohealth v. 12, n. 1, p. 23-25, 2006.
- MARINHO, A. Em defesa de poucos. **Revista O Globo**, Rio de Janeiro, 24/07/2007, p. 42.
- MARSHALL, T. H. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1967.
- MESSEDER, A. M; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: A experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 21 (2): 525-534, mar-abr, 2005.
- _____. Arcabouço legal da Política Nacional de Medicamentos no Brasil: uma revisão. In: GARCIA, M. et al. (orgs.) **Vigilância em Saúde**. Rio de Janeiro: Escola de Governo em Saúde, 2004. p. 13-41.
- MINAYO, M. C. S. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. 8. ed. São Paulo: Hucitec, 2004.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. PROGRAMA NACIONAL DST E AIDS. **O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais**. Série Legislação nº 3. Brasília, 2005.
- MORAES, A. **Direito Consitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA NETO, D. F. Agências Reguladoras (descentralização e deslegalização. In: MOREIRA NETO, D. F **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Protocolo de San Salvador**: Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assinado em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1998, no 18º período Ordinário de sessões da Assembléia Geral. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/protsalv.htm>. Acesso em 02.08.2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24.2.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 591, de 6.7.1992. Disponível em http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616110115/. Acesso em 02.08.2006.

PONTES JUNIOR, DM. A seleção de medicamentos para o monitoramento da qualidade laboratorial no Brasil: articulação entre a vigilância sanitária e a Política Nacional de Medicamentos. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em http://www.ensp.fiocruz.br/visa/publicacoes/_arquivos/DissertacaoDurval.pdf. Acesso em 12.07.2007.

PORTO, S. M. Equidad y distribución geográfica de recursos financeiros em los sistemas de salud. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 18(4), p. 939-957, julho, 2002.

PRESTES, C; TEIXEIRA, F. Liminares obrigam SUS a pagar drogas caras. **Jornal Valor**. Rio de Janeiro, 01/06/2005, Caderno Legislação & Tributos, p. E1.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RÊGO, E. C. L. Políticas de regulação do mercado de medicamentos: a experiência internacional. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 7, n 14, p. 367-400, dez., 2000.

ROCHA, J. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RUSSEL, P. H. Chaoulli: The Political versus the Legal Life of a Judicial Decision. In: FLOOD C.M.; RIACH K, SOSSIN, L. (Ed.). **Access to care, access to justice: the legal debate over private health insurance in Canada**. Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2005.

SANTOS, B. Direito e Democracia: a reforma global da justiça. Porto: Afrontamento. In: CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, Nov., 2004.

SANTOS, L. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Revista do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – CONASEMS**. Ano II, n. 19, Brasília, Set./Out., p.. 46-47, 2006.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª. ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, G. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHAPIRO, M; STONE SWEET, A. **On law, politics and judicialization**. Oxford University Press, 2002.

SILVA. J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. Revista, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STONE SWEET, A. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, CN. Why the expansion of Judicial Power. In: TATE, CN; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TATE, CN; VALLINDER, T. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, CN; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, M. M. Citizens against the State: The Riddle of High Impact, Low Functionality Courts in Brazil. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 25, n. 4 (100), p. 418-438, Oct./Dec., 2005.

TEMPORÃO, J. G. **A propaganda de medicamentos e o mito da saúde**. 1. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

TEIXEIRA, A. Ajudicialização da Política no Brasil (1990-1996). Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB, 1997, mimeo. In: WERNWECK VIANNA, L. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

TORRES, R. L. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In : TORRES, R. L. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro**. Atualizado em 27/01/2006. Disponível em www.tj.rj.gov.br. Acesso em 06/10/2006.

_____. **Súmula nº 65**. Súmula da jurisprudência dominante nº 04/2001. Processo nº 2001.146.00004. Julgamento em 05/05/2003. Votação Unânime. Relatora Desembargadora Marianna Gonçalves. Registro do acórdão em 15/09/2003. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 12/01/2007.

VALLINDER, T. When courts go marching in. In: TATE, CN; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, RCPA. **Propagandas de Medicamentos distribuídas aos médicos: aspectos legais, farmacológicos e de mercadização**. Tese de Doutorado apresentada ao curso de pós-graduação em Saúde Coletiva do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2004.

WERNWECK VIANNA, L. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ANEXOS

Anexo I. Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002), conforme banco de dados construído por Pontes Junior (2007).

Produtos	Padronização pelo Ministério da Saúde
acarbose	NÃO
aceclofenaco	NÃO
ácido ascórbico + arginina	NÃO
ácido gama linolênico	NÃO
ácido polacrílico	NÃO
adefovir dipivoxil	NÃO
aesculus hippocastanum	NÃO
alprazolam	NÃO
amilorida + hidroclorotiazida	NÃO
aripripazol	NÃO
baclofeno	NÃO
bamifilina	NÃO
benzoato de sódio	NÃO
betametasona + gentamicina + tolnaftato + clioquinol	NÃO
bicalertamida	NÃO
bisoprolol	NÃO
bosentana	NÃO
bromazepan	NÃO
bromoprida	NÃO
bromoprida + celulase + dimeticona + pancreatina	NÃO
candesartan cilexetila	NÃO
capecitabina	NÃO
carbidopa + levodopa + entacapon	NÃO
carbonato de cálcio + vitamina d	NÃO
carboximetilcelulose sódica	NÃO
carisoprodol + dipirona + vitamina b1 + vitamina b6 + vitamina b12	NÃO
carnitina	NÃO
carvedilol	NÃO
cassia angustifolia + associacoes	NÃO
celecoxib	NÃO
cetorolaco de trometamina	NÃO
cilostazol	NÃO
cinarizina	NÃO
citalopram	NÃO
citidina + uridina + hidroxocobalamina	NÃO
citrato de sódio	NÃO
clobazam	NÃO
clopidogrel	NÃO
cloranfenicol + colagenase	NÃO

Anexo I. Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002), conforme banco de dados construído por Pontes Junior (2007). Cont.

clordiazepoxido + cloridrato de amitriptilina	NÃO
cloridrato de oxibutina	NÃO
cloridrato de betaxolol	NÃO
cloridrato de ciclobenzaprina	NÃO
cloridrato de clonidina	NÃO
cloridrato de diltiazem	NÃO
cloridrato de dorzolamida	NÃO
cloridrato de dorzolamida + maleato de timolol	NÃO
clortalidona	NÃO
cloxazolam	NÃO
colagenase	NÃO
complexo B	NÃO
deflazacort	NÃO
diacereína	NÃO
diidroergotoxina	NÃO
diosmina	NÃO
diosmina + hesperidina	NÃO
doxazosina	NÃO
efalizumabe	NÃO
enoxaparina sódica	NÃO
escina	NÃO
estazolam	NÃO
etinilestradiol + acetato de ciproterona	NÃO
etoricoxib	NÃO
extrato seco de hederá helix	NÃO
ferro (quelato glicinato)	NÃO
fexofenadina	NÃO
fibrinolisina +cloranfenicol +desoxirribonuclease	NÃO
fluticasona	NÃO
folitropina alfa	NÃO
fosfatidilserina	NÃO
galantamina	NÃO
gangliosídeos	NÃO
ginkgo biloba	NÃO
glimepirida	NÃO
hidróxido de ferro (ferro polimaltosado)	NÃO
hidroxizina	NÃO
hipromelose +dextranso 70 +glicerol	NÃO
hipromelose +dextranso 70 +poliquartenio-1	NÃO
imipramina	NÃO
imiquimod	NÃO
indapamida	NÃO
ibesartana	NÃO
latanoprost	NÃO
letrozol	NÃO

Anexo I. Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002), conforme banco de dados construído por Pontes Junior (2007). Cont.

levomepromazina	NÃO
lidocaína + prilocaína	NÃO
lidocaína +hidrocortisona +subacetato de alumínio +óxido de zinco	NÃO
lorazepam	NÃO
losartan	NÃO
memantina	NÃO
mesilato de imatinib	NÃO
metilfenidato	NÃO
metoclopramida +dimeticona +ácido desidrocolico	NÃO
milnaciprano	NÃO
mirtazapina	NÃO
monosialotetraesossilgangliosideo	NÃO
montelucaste sódico	NÃO
mucopolissacaridase	NÃO
nateglinida	NÃO
nimesulida	NÃO
nimodipino	NÃO
nistatina + óxido de zinco	NÃO
olmesartana medoxomila	NÃO
orlistat	NÃO
oxcarbazepina	NÃO
oxibutinina	NÃO
óxido de zinco	NÃO
palivizumab	NÃO
pancrease	NÃO
pantoprazol	NÃO
paracetamol+cafeína+carisopridol+diclofenaco de sódio	NÃO
paroxetina	NÃO
penfluridol	NÃO
periciazina	NÃO
perindopril	NÃO
piribedil	NÃO
plantago ovata forsk	NÃO
poliestirenosulfonato de cálcio	NÃO
propatilnitrato	NÃO
rapamicina	NÃO
repaglinida	NÃO
<i>resource glutamine</i>	NÃO
<i>resource protein</i>	NÃO
risedronato sódico	NÃO
rosuvastatina (cálcica)	NÃO
rutina +castanha da india +extrato de miroton	NÃO
salmeterol + fluticasona	NÃO
serenoa repens	NÃO
sildenafil	NÃO

Anexo I. Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002), conforme banco de dados construído por Pontes Junior (2007). Cont.

sulfato de glicosamina	NÃO
sulfato de glicosamina + sulfato de condroitina	NÃO
sulfato de neomicina+bacitracina	NÃO
sulfato ferroso +ácido ascórbico +ácido fólico	NÃO
sulfato ferroso +vitamina c +complexo b	NÃO
tadalafila	NÃO
tamsulosina	NÃO
tartarato de brimonidina	NÃO
temozolomida	NÃO
tenoxicam	NÃO
teriparatida	NÃO
tiamina +piridoxina +cianocobalamina	NÃO
ticlopidina	NÃO
tioridazina	NÃO
travoprost	NÃO
tribenosido	NÃO
trientine	NÃO
trifluoperazina	NÃO
trifolium pratense L.	NÃO
trimetazidina	NÃO
uréia	NÃO
ursodiol	NÃO
valeriana officinalis L	NÃO
valsartan	NÃO
vitamina B12	NÃO
vitamina D	NÃO
vitaminaE	NÃO
vitaminas (complexo multivitamínico)	NÃO
vitaminas a + d	NÃO
vitaminas b12,d2 + fosfato de cálcio	NÃO
acetato de ciproterona	SIM
acetato de desmopressina	SIM
acetato de glatiramer	SIM
acetato de goserrelina	SIM
acetato de leuprolida	SIM
acetato de leuprorrelina	SIM
acetato de megestrol	SIM
acetato de octreotida	SIM
acetilcisteína	SIM
aciclovir	SIM
ácido acetilsalicílico	SIM
ácido ascórbico	SIM
ácido fólico	SIM
ácido folínico	SIM
ácido valpróico	SIM
adalimumabe	SIM
alendronato de sódio	SIM

Anexo I. Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002), conforme banco de dados construído por Pontes Junior (2007). Cont.

alopurinol	SIM
amantadina	SIM
aminofilina	SIM
amitriptilina	SIM
amoxicilina	SIM
amoxicilina + ácido clavulânico	SIM
anastrozol	SIM
atenolol	SIM
atorvastatina cálcica	SIM
azatioprina	SIM
azitromicina diidratada	SIM
beclometasona	SIM
beclometasona + salbutamol	SIM
besilato de anlodipino	SIM
bicarbonato de sódio	SIM
brometo de ipratrópio	SIM
brometo de ipratrópio + bromidrato de fenoterol	SIM
brometo de ipratrópio + sulfato de salbutamol	SIM
bromidrato de fenoterol	SIM
bromocriptina	SIM
budesonida	SIM
cabergolina	SIM
calcitonina	SIM
calcitriol	SIM
captopril	SIM
carbamazepina	SIM
carbidopa + levodopa	SIM
carbonato de cálcio	SIM
carbonato de lítio	SIM
cefalexina monoidratada	SIM
ciclosporina	SIM
ciprofibrato	SIM
ciprofloxacina	SIM
ciproterona	SIM
citrato de tamoxifeno	SIM
clonazepam	SIM
cloreto de potássio	SIM
cloridrato de alfuzosina	SIM
cloridrato de amiodarona	SIM
cloridrato de amitriptilina	SIM
cloridrato de biperideno	SIM
cloridrato de bupropiona	SIM
cloridrato de clomipramina	SIM
cloridrato de clorpromazina	SIM
cloridrato de donepezil	SIM
cloridrato de piridoxina	SIM
cloroquina	SIM

Anexo I. Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002), conforme banco de dados construído por Pontes Junior (2007). Cont.

clozapina	SIM
colchicina	SIM
dexametasona	SIM
dexclorfeniramina	SIM
diazepam	SIM
diclofenaco sódico	SIM
digoxina	SIM
dinitrato de isossorbida	SIM
dipirona	SIM
divalproato de sódio	SIM
donepezila	SIM
dornase alfa	SIM
efavirenz	SIM
enalapril, maleato	SIM
enfuvirtida	SIM
eritropoetina humana recombinante	SIM
espironolactona	SIM
Estriol	SIM
etambutol	SIM
etanercepte	SIM
exemestano	SIM
fenitoína	SIM
fenobarbital	SIM
fenofibrato	SIM
fludrocortisona	SIM
fluoxetina	SIM
formoterol	SIM
fumarato de formoterol + budesonida	SIM
furosemida	SIM
gabapentina	SIM
glatiramer	SIM
glibenclamida	SIM
gliclazida	SIM
haloperidol	SIM
hidralazina	SIM
hidroclorotiazida	SIM
hidroxicloroquina	SIM
hidróxido de ferro (endovenoso)	SIM
hidróxido de magnésio	SIM
imunoglobulina	SIM
infiximabe	SIM
insulina humana regular	SIM
interferon alfa-2B	SIM
interferon beta	SIM
interferon beta-1A	SIM
idopovidona	SIM
iotretinoína	SIM
itraconazol	SIM
lactulose	SIM

Anexo I. Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002), conforme banco de dados construído por Pontes Junior (2007). Cont.

lamivudina	SIM
leflunomide	SIM
levodopa + cloridrato de benserazida	SIM
levotiroxina sódica	SIM
loratadina	SIM
maleato de timolol	SIM
mesalazina	SIM
metformina	SIM
metoclopramida	SIM
metotrexato	SIM
micofenolato mofetil	SIM
mononitrato de isossorbida	SIM
neomicina	SIM
nifedipino	SIM
nitrofurantóina	SIM
nortriptilina	SIM
olanzapina	SIM
omeprazol	SIM
omeprazol +claritromicina +amoxicilina	SIM
pancrelipase	SIM
paracetamol	SIM
paracetamol + codeína	SIM
penicilamina	SIM
pentoxifilina	SIM
piridostigmina	SIM
pirimetamina	SIM
pramipexol	SIM
pravastatina	SIM
pravastatina sódica	SIM
prednisona	SIM
prometazina	SIM
propranolol	SIM
quetiapina	SIM
raloxifeno	SIM
ranitidina	SIM
ribavirina	SIM
riluzol	SIM
risperidona	SIM
rivastigmina	SIM
salbutamol	SIM
selegilina	SIM
sevelamer (hidrocloreto de sevelamer)	SIM
sinvastatina	SIM
somatropina	SIM
somatrotofina	SIM
soro fisiológico	SIM
sulfadiazina de prata	SIM
sulfato ferroso	SIM
tacrolimus	SIM

Anexo I. Produtos identificados nas ações judiciais e sua conformidade às listas oficiais do Ministério da Saúde, levando-se em consideração os medicamentos e produtos não terapêuticos identificados em Programas oficiais e na RENAME (2002), conforme banco de dados construído por Pontes Junior (2007). Cont.

tenofovir	SIM
teofilina	SIM
topiramato	SIM
toxina botulinica tipo A	SIM
triexifenidila	SIM
trimetoprima + sulfametoxazol	SIM
tropicamida	SIM
valerato de betametasona	SIM
varfarina sódica	SIM
verapamil	SIM
vigabatrina	SIM
zidovudina	SIM
ziprasidona	SIM
Total: 334 produtos	

Anexo II - Roteiro para entrevista com gestor de saúde

- 1) O que representam hoje as ações judiciais para a gestão do sistema de saúde?
- 2) Estimativa do valor anual dos gastos resultantes de ações judiciais para medicamentos excepcionais ou tratamentos de alto custo nos anos de 2004 e 2005.
- 3) O percentual que tais gastos representam em relação ao orçamento da saúde do ente federativo.
- 4) Principais motivos pelos quais se nega a prestar o medicamento ou tratamento.
- 5) Acredita estarem crescendo o número de ações judiciais a cada ano e em caso positivo, se considera isto um problema grave para o planejamento em saúde do ente federativo?
- 6) Possíveis soluções para a questão.

Anexo III – Roteiro para entrevista com magistrado

- 1) Como está sendo tratada essa questão? De forma homogênea? Tem sido discutida a sua uniformização?
- 2) Principais fundamentos utilizados para concessão de liminares e provimento das ações.
- 3) No momento de decidir, são levados em consideração fatores como a existência de recursos por parte do ente federativo para prestação do medicamento ou tratamento?
- 4) Quais as implicações práticas das decisões nos orçamentos para saúde?
- 5) Considera existir um aspecto moral por trás do provimento desse tipo de ação?

Anexo VI - Termo de consentimento livre e esclarecido

Você está sendo convidado a participar da pesquisa de dissertação de mestrado acadêmico em saúde pública intitulada “Uma análise das ações judiciais para fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005”.

A sua participação não é obrigatória e sua recusa não trará nenhum prejuízo em sua relação com o pesquisador ou com a instituição.

Os objetivos da pesquisa são de analisar como se dão os processos judiciais para fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS, especialmente aqueles movidos contra o Estado do Rio de Janeiro, verificando, a partir daí, se o aumento do número de ações caracteriza o fenômeno da judicialização na área da saúde.

Sua participação nessa pesquisa consistirá em conceder uma entrevista, não existindo riscos nem benefícios relacionados a esta participação.

As informações obtidas na sua entrevista serão confidenciais e asseguro o sigilo sobre sua participação, sendo certo que o conteúdo da entrevista não será divulgado de forma a possibilitar sua identificação.

Você receberá uma cópia deste termo onde consta o telefone e o endereço do pesquisador, para, querendo, tirar eventuais dúvidas sobre o projeto e sua participação.

Por fim, informo que a sua participação poderá ser interrompida a qualquer momento e sua recusa em continuar a participar não trará nenhum prejuízo em sua relação com este pesquisador ou com a instituição.

Declaro que entendi os objetivos da pesquisa e de minha participação na mesma e concordo em participar.

Sujeito da pesquisa

Danielle da Costa Leite Borges

End pesquisador: Av. Rui Barbosa, 10/1601 – Flamengo/RJ

Tel pesquisador: (21) 2105-0236/ (21) 2552-4603 ou (21) 8702-7597

End. do CEP: Rua Leopoldo Bulhões, 1480, sala 314 – Manguinhos/RJ

Tel do CEP: (21) 2598-2863