

O papel do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos e suas conseqüências

Manoel Cavalcante de Lima Neto. Juiz de Direito titular da 18ª Vara Cível da Capital – Fazenda Pública Estadual. Doutor em Direito Público pela UFPE.

O tema tem sido veiculado a nível nacional como a *judicialização da saúde* e tem sido objeto de decisões e debates em audiências públicas no STF. Recentemente o CNJ instituiu o Fórum do Judiciário para a Saúde com a criação de Comitês Estaduais para estudar formas de redução das demandas judiciais nessa área que atinge níveis elevados e tem dificultado o andamento das demais ações nas varas de fazenda pública e outras comarcas. A Corregedoria Geral da Justiça de Alagoas tem realizado reuniões com os agentes envolvidos no tema para buscar vias de diminuição das ações judiciais, com a garantia do fornecimento dos medicamentos, procurando interceder para que os órgãos do Poder Executivo assumam compromissos para ampliação da lista do Ministério da Saúde, providência já tomada em alguns Estados.

De início, destaco que na Constituição Federal o direito ao fornecimento de medicamentos, direito a prestação do Estado relativo à saúde, se encontra assegurado pela Constituição Federal em nível de programa de fins, ao dispor no art. 196 que a *saúde é direito de todos e dever do Estado*, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. A norma é representativa de direitos sociais de segunda geração ou dimensão que se enquadra como direitos fundamentais sociais e em regra depende de concretização pelo legislador ordinário. Porém, por força do comando constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, compete aos órgãos estatais, e assim também ao Poder Judiciário, a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos sociais e criar condições materiais para sua realização. No plano da legislação ordinária, segundo nível de concretização, o direito recebe disciplinamento na Lei nº 8.080/90 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, cuidando no art. 6º, inc. I, alínea “d”, da execução de ações, pelo Sistema Único de Saúde - SUS, de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Depois, numa escala normativa ainda mais precisa, no sentido de concretização do direito à saúde, o fornecimento de medicamentos recebe

definição administrativa por meio da Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde que estabelece a Política Nacional de Medicamentos.

Nos últimos anos, como já referenciado, o judiciário tem sido provocado de forma elevada para decidir sobre o fornecimento de medicamentos, a ponto de se identificar um deslocamento excessivo do ambiente típico desse tema que é o Poder Executivo, com ampla contestação do papel das decisões judiciais, enaltecendo-se a interferência administrativa e financeira de um poder no outro. Cabe destacar que as decisões em tais casos são proferidas por provocação individual, de regra, para fornecimento de medicamentos na situação médica apontada, *mas os seus efeitos são prospectivos*, já que o tratamento em muitas situações segue no futuro e envolve a aplicação de recursos públicos e movimentação de dotações orçamentárias. O registro principal da delimitação da função do judiciário na implementação desse direito direciona-se para uma *análise de conseqüências*. Ao judiciário compete maximizar os direitos sociais, mas dentro de uma óptica de compatibilização com os recursos orçamentários e financeiros do Estado, assim como de uma delimitação de seu papel, no sentido de que “...onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. (BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: < www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf. Acesso em: 09 jun. 2011”. Para agir desse modo, a justificativa do judiciário é de que haja indeferimento ou omissão do executivo. Vale lembrar que as ações nessa área importam na provocação do controle judicial de atuação administrativa, mas o que de fato está acontecendo na prática é a atuação direta pelo judiciário, considerando quase sempre uma negativa implícita, mesmo que existam leis e atos administrativos regulando a matéria.

No judiciário de Alagoas, em especial na segunda instância, a interpretação da temática tem caminhado para uma intervenção absoluta do judiciário. Algumas decisões têm utilizado o fundamento de que na espécie não existe garantia de instância, ou seja, não é preciso esgotar a via administrativa para acionar o judiciário, mas, *data venia*, a hipótese a meu juízo não é essa. Esse conceito é aplicável para os direitos de

primeira dimensão e não para os direitos sociais. A regra é a de que não cabe ao judiciário substituir o administrador (salvo excepcionalmente), mas controlá-lo quando provocado e aplicar as normas que criam concretamente as políticas públicas de saúde. Com essa visão não pretendo ser contrário à judicialização, mas apenas limitar a atuação do judiciário ao seu campo próprio de competência reservado constitucionalmente. É certo que a deficiência na atuação do executivo provoca o chamamento do judiciário, o que acontece na hipótese em exame. Também é certo que, por mais paradoxal que se apresente, o cidadão tem mais acesso e direito a uma resposta no judiciário do que nos demais poderes, embora os seus representantes maiores sejam eleitos diretamente. Basta que se entre com uma ação e o judiciário terá que se manifestar. Isso não ocorre nas outras instâncias. A judicialização, em verdade, tem sido produtiva para o cidadão. O que precisa ser combativo é o excesso que já chegou quanto ao direito à saúde. Parafrazeando José Casalta Nabais que cunhou a frase: menos direitos fundamentais para mais direitos fundamentais, sob a visão da efetividade, de minha parte assevero: *menos direitos à saúde para mais direitos à saúde* - pela efetividade e garantia de direitos ao cidadão, mas com equilíbrio financeiro, sob pena de que no futuro nem mesmo os mínimos direitos sejam garantidos em face da escassez e saturação das receitas públicas, visualizando-se que existem outros direitos a serem assegurados na complexa atividade estatal.