

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CRÍTICAS E APROXIMAÇÕES À RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO¹

Mateus Alves Rodrigues²

RESUMO

O presente trabalho busca abordar o processo recorrente quanto à judicialização dos direitos fundamentais sociais com o foco no direito à saúde, o que é objeto de litígio para distribuição de medicamentos, realização de tratamentos, cirurgias e distribuição de insumo. Procura-se demonstrar os óbices e quais são as desvantagens de buscar a efetivação do disposto na Carta Magna de 1988 por via do Poder Judiciário.

Palavras Chaves: Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, Judicialização, Direito à Saúde.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988 e observado o Estado Democrático de Direito, percebemos uma valorização maior dos chamados direitos fundamentais sociais, passando estes a ocupar um campo específico em nossa constituição, mostrando assim o constituinte maior preocupação com o coletivo, típica ação de um Estado intervencionista.

¹ Artigo recebido em 20 de outubro e aceito em 04 de dezembro de 2012.

² Acadêmico de direito da Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil/PR, aluno do Programa de Educação Tutorial – PET. matrdgues@gmail.com

Neste âmbito de valorização dos direitos fundamentais sociais percebe-se que estes clamam por maior eficácia e efetividade, uma vez que trata-se de direitos abertos e positivos, carecendo muitas vezes de interpretação e de uma atuação do Estado de forma que venha a fornecer meios e políticas ligados as verbas públicas para que estes possam ser efetivados.

Deste modo, por tratar-se da disponibilização dos cofres públicos, é responsável o poder Executivo pela organização e produção de projetos para que ao menos em uma forma mínima tais direitos possuam aplicabilidade em nosso meio, deixando de ser apenas uma garantia sem efetividade alguma.

Fica fácil perceber que muitas vezes o Estado não consegue efetivar o diploma legal garantido na Carta Magna, o que leva a insatisfação da sociedade e conseqüentemente, à procura por outros meios para garantir a aplicabilidade destes direitos, entrando em cena a atuação do Poder Judiciário.

Percebe-se esta atuação do Judiciário principalmente ao tratar-se do direito fundamental à saúde, uma vez que tal direito é interpretado como decorrente do direito a vida, encontrando-se elencado como uma das necessidades básicas para uma vida digna de determinada pessoa.

No âmbito do direito à saúde percebemos que há uma grande movimentação do Poder Judiciário, principalmente no que tratam da distribuição de medicamentos, tratamentos, cirurgias e insumos necessários à manutenção da vida.

Porém, esta atuação do Poder Judiciário é passível de críticas, podendo citar a falta de legitimidade democrática, falta de conhecimento técnico, e outras que serão discorridas ao longo do trabalho.

Cabe verificar, portanto, até que ponto esta atuação do Poder Judiciário é questionável, inviabilizando melhores condições para efetivar o disposto em nossa constituição, e qual seria a melhor forma para que o judiciário consiga atuar de forma a buscar maior celeridade e efetivação do direito fundamental à saúde.

BREVE RELATO QUANTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

Com o advento da Constituição da República de 1988 os direitos fundamentais sociais passam a serem tratados como autênticos direitos fundamentais possuindo aplicabilidade imediata e dotados de justiciabilidade.³

Estes possuem como fundamento legal o previsto, tanto no preâmbulo da Constituição, assim como em seus artigos 1º, 3º e 5º, §2º. Porém, nossa Constituição vai além disto, estabelecendo aos direitos fundamentais um capítulo próprio dentro do Título II, sendo este o “Dos direitos e Garantias Fundamentais”, bem como tratou sobre a ordem social, de forma independente, no Título VIII.

O reconhecimento da força normativa da Constituição foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo, sendo grande triunfo da doutrina brasileira da efetividade, sendo de sua essência que as normas constitucionais tenham aplicabilidade imediata e direta na extensão máxima de sua densidade normativa.

Cumprido ressaltar que os direitos fundamentais sociais possuem um âmbito negativo e outro positivo de proteção. No que se refere ao âmbito negativo de proteção, diz-se que os direitos fundamentais sociais são objeto de abstenção do estado, ou seja, este não pode intervir na esfera do cidadão para prejudicá-lo, guardando dever de não interferência. Quanto à proteção positiva, significa que o Estado deve estabelecer políticas de efetivação e implementação destes direitos, o que exige deste o dispêndio de recursos, dependendo, portanto, dos cofres públicos.⁴

Devido à esfera de proteção positiva do Estado para a efetivação dos direitos sociais e econômicos, abre-se a possibilidade de, na falta de políticas de promoção e implementação dos direitos sociais, ou na proteção prejudicada destes, pleitear no Poder Judiciário esta garantia.

Segundo a professora Estefânia Barboza de Queiroz, quando se trata desta característica prestacional dos direitos fundamentais sociais, ou seja, desta relação com a conjuntura econômica do Estado, temos que:

Há uma grande resistência quanto ao que se coloca contra a realização dos direitos fundamentais sociais, quais sejam, a questão dos recursos econômicos e financeiros

³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Pág. 175-177.

⁴ Ibidem, Pág. 179.

escassos, e, portanto, a garantia dos direitos sociais ficaria limitada à disponibilidade financeira ou à reserva do possível, como também a questão de que o conteúdo aberto dos direitos sociais só pode ser definido pelos poderes eleitos pelo povo (Executivo e Legislativo) e não pelo Judiciário. Veja-se que tanto em questão de determinação de políticas públicas para definir em que direitos serão aplicados os recursos financeiros do Estado, como em delimitação de conteúdo substantivo dos direitos sociais, o Judiciário estaria a intervir na esfera de atuação dos demais poderes, e assim, num aparente conflito com o princípio da separação de poderes.⁵

Portanto, encontram-se alguns óbices na promoção dos direitos fundamentais sociais, como é o caso da reserva do possível, a questão do mínimo existencial e outros.

Na falha dos poderes Legislativo e Executivo busca-se o poder Judiciário para que possa ser adquirido o direito previsto na Carta Magna, sendo esta atuação alvo de críticas devido a fatores que merecem melhor análise.

Uma primeira questão recorrente ao abordar-se os direitos sociais e econômicos refere-se a reserva do possível, isto posto, em uma análise sucinta temos que a reserva do possível trata-se da distribuição de verba pública para o cumprimento das demandas sociais, argumento de maior crítica quanto a efetivação destes, pois diz-se tratar de um direito “caro” ao Estado. Tal argumento não pode ser tomado, uma vez que não só os direitos sociais e econômicos demandam uma prestação positiva do Estado, mas também direitos e garantias individuais, de liberdade e outros direitos geram alto custo ao Estado.⁶

Portanto, a reserva do possível esta relacionada à efetivação conforme os cofres públicos, buscando a aplicabilidade de forma coerente e razoável sem que haja o cumprimento de determinado direito deixando outro prejudicado.

Com isto, temos que o responsável pela distribuição e controle das verbas públicas seria o Poder Executivo e a intervenção do Judiciário seria de certa forma ilegítima, uma vez que não há legitimidade democrática (assim como o Legislativo e Executivo) para tratar de políticas públicas de distribuição de renda, o que levaria a um Executivo e Legislativo sem controle algum.

No caso do Poder Legislativo, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos em ocasiões de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita

⁵ Ibidem, Pág. 181-182.

⁶ Ibidem, Pág. 184-188.

pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido de que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição.

É importante ressaltar a diferença entre constitucionalismo e democracia para, assim, ter-se melhor entendimento do tema abordado. Em um breve exame temos que o constitucionalismo refere-se ao respeito às normas de direito fundamental, já a democracia consiste na soberania popular e governo da maioria. Isto posto, é evidente que há choque entre os dois, e tanto o constitucionalismo, que tem como atores o Judiciário, Legislativo e Executivo, assim como a democracia, representada pelo Legislativo e Executivo, abordam o conteúdo de direitos fundamentais. É nesse ponto em que cabe discutir se é possível ao Judiciário, juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas, impondo e invalidando ações administrativas e políticas públicas. “A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente.”⁷

Segundo o professor Felipe de Melo Fonte, os argumentos apresentados pelos opositores da jurisdição constitucional quanto o controle de constitucionalidade refere-se ao fato de o parlamento ser representado pelo povo, e por isso suas decisões invalidadas por um órgão que não seja composto por indivíduos eleitos seriam irracionais, sendo normalmente denominado de “dificuldade contra majoritária.”⁸

Tal prerrogativa não deve ser assumida, uma vez que o Poder Judiciário pode e deve intervir para a proteção dos direitos fundamentais sociais, pois na inércia do Legislativo ou Executivo pode haver óbice ao funcionamento da democracia, devendo o Poder Judiciário agir para a manutenção do processo democrático.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l. : s.n.], s.d. Pág. 10-11.

⁸ FONTE, Felipe de Melo. **A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, nº. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf>>. Acesso em 31 de Março de 2012. Pág. 13.

Outra crítica realizada refere-se ao motivo de as normas referentes aos direitos fundamentais sociais e econômicos estarem elencadas de forma aberta e abstrata, o que demanda uma atuação positiva do Judiciário, ou seja, este torna-se o intérprete das normas fazendo com que atinja-se o fim social para o qual foram criadas. Ocorre que, não só os direitos sociais encontram-se dispostos de forma aberta e abstrata, mas todos os direitos fundamentais, não sendo criticada a interpretação realizada pelo judiciário, e mais, os juízes encontram-se legitimados pela Constituição, apenas realizando as funções atribuídas pelo poder constituinte originário.⁹

Por fim, trata-se de uma análise restrita, focando-se a seguir no direito social fundamental à saúde, objeto de análise do presente trabalho, onde passa a abordar-se as críticas a judicialização deste.

DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

Um dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República de 1988 refere-se ao direito à saúde, este disposto de maneira específica nos artigos 196 a 200 e artigo 5º, “caput” da Constituição Federal de 1988. O direito a saúde é importantíssimo, de tal modo que mesmo em países onde não se encontra expressamente previsto na Constituição é protegido de forma implícita, assim como ocorre na Alemanha.¹⁰

No período posterior à Constituição de 1988 a saúde era garantida de forma precária, ou seja, não havia acesso universal, ficando na dependência da caridade pública. Com o movimento sanitarista advento da Carta Magna de 1988, a saúde assume a faceta de direito fundamental social, passando a ser direito de todos e dever do Estado.

O direito fundamental à saúde não compreende somente tratamentos médicos e medicamentos, sendo também relacionado a outras áreas, possuindo estrutura primária, secundária e terciária. Este “é marcado por zonas de

⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. Cit., pág. 191-196.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de Junho de 2012. Pág. 03

sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas, como a vida, a integridade física e a privacidade, a educação, a informação e a habitação, a alimentação e o trabalho.”¹¹

É importante a análise de quem vem a ser o titular do direito à saúde, ressaltando-se o previsto no artigo 5º, “caput” e 196 da Constituição. O dispositivo do artigo 5º, “caput” nos informa que as garantias e direitos fundamentais previstos aplicam-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, o que em uma exegese restrita nos levaria a uma conclusão errônea, pois excluir-se-ia desta forma os estrangeiros não residentes, o que é inimaginável limitar tal direito desta forma.

Do artigo 196 extraímos o seguinte texto “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.”¹² Portanto, prevalece o entendimento do artigo 196 da Carta Magna, que traz em seu texto que “a saúde é direito de todos”, cabendo a interpretação, portanto, de que todo cidadão é titular do direito à saúde.

Além disto, possuímos conceitos importantíssimos extraídos da interpretação deste artigo, sendo estes os de que a saúde é dever do Estado, devendo sempre visar o acesso universal e igualitário, sendo esta garantida mediante políticas sociais e econômicas. Uma vez que a saúde é dever do Estado, cabe a este a implementação de políticas públicas para a promoção e desenvolvimento do direito à saúde, garantindo acesso universal e igualitário, ou seja, além da função atribuída a este, a saúde deve ser alcançada por todo cidadão e de forma igualitária, sendo assim, sem a previsão de que o direito à saúde venha a ser também um dever, estaria fragilizado, contudo, tanto a proteção como principalmente sua eficácia.

A primeira dificuldade que se constata ao abordar a dimensão positiva do direito à saúde é a de que nossa Constituição não define em momento algum o que vem a ser saúde, cabendo essa função ao legislador Federal, Estadual e/ou Municipal dependendo da competência legislativa própria. Com isto, permanece a

¹¹ LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. Revista da Defensoria Pública. São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008. Pág. 46-47.

¹² BRASIL. Constituição, 1988.

indagação de se é possível a intervenção do poder Judiciário para efetivação deste direito.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, a saúde é concebida como “um estado de bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença”. Tal conceito é passível de crítica, uma vez que remete-se a uma saúde ótima, não sendo referência apenas a saúde física, mas também a mental e social, porém saúde não é um estado estável, que uma vez atingido possa ser mantido.

Para João Carlos Loureiro a expressão direito à saúde chega a ser errônea, uma vez que não existe um direito a ser saudável, assim como sugere-se a interpretação da expressão direito à saúde, optando pela utilização da expressão direito a proteção da saúde.¹³ Percebe-se que ao utilizarmos a expressão direito à saúde há uma expressa remissão a um direito a ser saudável como constatou o autor, sendo o termo empregado por este a forma que abrangeria melhor a positivação da proteção da saúde.

DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE.

O direito fundamental à saúde pode assumir a posição de direito de defesa (negativo), assim como acolhe também a posição de direito a prestações (positivo), o que acarreta reflexos importantes no âmbito de sua validade e eficácia. Quando se entra na análise da dimensão positiva do direito à saúde, temos a pergunta a qual carece resposta de que se pode o titular do direito a saúde (em princípio qualquer pessoa) exigir do Estado o seu cumprimento, determinando fornecimento de remédio, tratamento, cirurgia e etc.

A jurisprudência e a doutrina em torno do direito à saúde vêm demonstrando que a Constituição vem ganhando maior eficácia e aplicabilidade. Porém, assim como há decisões que estão totalmente condizentes buscando maior efetividade aos direitos fundamentais, temos decisões extremamente irrazoáveis, deferindo distribuição de medicamentos em fase de teste, tratamentos desnecessários, há falta de critérios aferíveis para quem deverá distribuir os medicamentos, o que acarreta em superposição de esforços e de defesas do Judiciário.

¹³ LOUREIRO, João Carlos. Op. Cit., Pág. 55-56.

No âmbito da jurisprudência, reiteradas decisões no Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça consagram o direito à saúde como decorrente do direito à vida para fundamentar o fornecimento de medicamentos, tratamentos, cirurgias e etc. Acrescenta ainda que o sentido de fundamentabilidade do direito à saúde impõe ao poder público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido quando estes adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.¹⁴

Ao aplicarmos efetivamente o direito à saúde podemos encontrar três limites fáticos para sua implementação, sendo os meios econômicos-financeiros, escassez de órgãos e tecnologias disponíveis.¹⁵

Os meios econômicos-financeiros encontram-se relacionados ao âmbito da reserva do possível, onde o Estado estabelece políticas de implementação de acordo com os orçamentos do cofre público, estando também indiretamente relacionados a escassez de órgãos e tecnologias disponíveis, que correspondem ao meio utilizado para a efetivação do direito.

É irracional afirmar que a eficácia prevista na CF de 88 remeta-se a possibilidade de acesso a todo e qualquer medicamento, tratamento ou insumo, mesmo em se tratando de norma constitucional positiva ou simétrica, porém, isto não pode ser motivo para que haja apenas uma prestação mínima e de forma prejudicada a sociedade.

As falhas do sistema não são o único motivo que leva ao grande aumento de litigantes buscando efetivação do diploma constitucional, sendo também decorrência de falta de informação, de um abreviamento do caminho, ocorrendo muitas vezes à busca pela assessoria jurídica em primeiro plano, o desconhecimento sobre o funcionamento do sistema de saúde e o atendimento inadequado.

Como já citado acima, há uma certa dificuldade que constata-se ao abordar a dimensão positiva do direito à saúde sendo a de que nossa Constituição não define em momento algum o que vem a ser saúde, com isto, permanece a

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. Direitos Fundamentais Sociais e Econômicos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵ LOUREIRO, João Carlos. *Op. Cit.*, Pág. 58.

indagação de se é possível a intervenção do poder Judiciário para efetivação deste direito, interpretando-o e definindo parâmetros para sua aplicação.

Talvez a maior crítica realizada refere-se a reserva do possível. Neste âmbito, os poderes responsáveis pelas políticas públicas de promoção do direito à saúde (Legislativo e Executivo) estipulam o atendimento as necessidades de forma que possa atender a demanda ao menos de forma mínima. Porém, o Judiciário ao intervir nesta relação estaria desviando verba que atenderia a determinado grupo para satisfazer a necessidade do litigante individual. Portanto, ao frisar-se nas demandas individuais, o Judiciário estaria desregulando políticas já implementadas, desviando verbas já aplicadas para atender as necessidades da sociedade, assim, haveria o favorecimento do litigante individual, geralmente a classe média que possui capacidade para arcar com o custo do processo judicial, perante o sujeito que já possuía, por exemplo, a distribuição dos medicamentos necessários e terá este direito indisponível pela necessidade de cumprir-se a sentença.¹⁶

A maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação refere-se à prerrogativa de que são direitos que implica na alocação de recursos humanos, submetidos, portanto, a uma reserva do possível. Diante disto, argumenta-se que por estar ligado aos cofres públicos, apenas o legislador seria democraticamente legitimado, falando-se nesse contexto em um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária.

Seguindo a doutrina de Luís Roberto Barroso encontramos uma outra vertente crítica que vem a enfatizar a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. “Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas.”¹⁷

Segundo o entendimento de Ingo Wolfgang, ao tratar-se da crítica imposta a legitimidade do Judiciário para lidar com prestações particulares referente ao direito a saúde temos que:

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., Pág. 24-26.

¹⁷ Ibidem, Pág. 23.

... Sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde - da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo. Cabe lembrar, neste contexto, que, nesta linha de entendimento, um direito subjetivo a prestações não poderá abranger - em face dos limites já referidos - toda e qualquer prestação possível e imaginável, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas. Neste sentido, cumpre referir paradigmática formulação enunciada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao lembrar que o particular poderá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável. Assim, por exemplo, não parece razoável compelir o Estado a pagar tratamento dentário de cunho não imprescindível, ou mesmo fornecer determinado medicamento, quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor.¹⁸

Portanto, este defende que quando encontramos-nos diante da necessidade de ponderar direitos, principalmente cuidando-se da saúde, deve lembrar-se que existe a possibilidade de reclamar do Estado seu cumprimento de forma particular, desde observando-se que se trata de um pedido razoável.

Outra crítica realizada quanto à atuação do judiciário refere-se ao conhecimento técnico dos juízes para dispor sobre o direito à saúde, ou seja, os juízes não dispõem do conhecimento necessário assim como a Administração Pública, estes não dispõem do conhecimento específico, tratando-se muitas vezes no plano do homem médio, trabalhando sempre com vista ao caso concreto, no plano da micro-justiça e não da macro-justiça.¹⁹

Portanto, há um momento de intensa litigação de forma individual, não só do direito fundamental à saúde, onde a atuação do Judiciário para dispor sobre este é criticada tanto por falta de conhecimento técnico, pela questão da legitimidade democrática e como por outros motivos.

Dito isto, Leonardo Arquimino de Carvalho e Luciana Jordão da Motta Carvalho em seu trabalho, ensinam que:

“A tradução mais elementar das teorias econômicas indica que a utilização de mecanismos individuais e mesmo coletivos que privilegiam demandantes ativos judicialmente é relativamente inadequada quando existem políticas públicas em uma determinada área social. O conceito de eficiência é suficiente à demonstração de que as opções de judicialização que estão sendo utilizadas para a concretização do direito constitucional à

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., Pág. 13.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., Pág. 27.

saúde não são adequadas. A excessiva litigação neste particular afasta a prestação do direito à saúde da eficiência que dela se deveria esperar.”²⁰

Sendo assim, pode se concluir que as ações que procuram o fornecimento coercitivo de medicamentos, insumos e equipamentos para a concretização do mandamento constitucional estabelecem uma inversão na política pública, já que garantem o atendimento individual em prejuízo da coletividade.

Portanto, a eficácia da norma constitucional que assegura o direito à saúde deve ser interpretada na exata medida de sua eficiência. A racionalização de meios, em hipótese alguma, significa uma postura contrária à dignidade humana ou aos interesses legalmente garantidos a cada cidadão, assim como a escassez de recursos e as diversas limitações observadas na teia de proteção social devem ser solucionadas através de mecanismos mais racionais, e não mediante posturas de privilegiam um utilitarismo inadequado para nossa realidade.²¹

O modelo atual em que vivenciamos, sendo este o individual-utilitarista, que é garantido pelo acesso ilimitado ao Poder Judiciário, trata-se de uma opção frequentemente pobre no espraiamento de vantagens coletivas. Tal tese é defendida para situações em que há uma percepção de que a normalidade da prestação do serviço administrativo é garantida, independentemente da existência de falhas e graves problemas na teia de proteção social, ou seja, torna-se um meio subsidiário para a efetivação, uma vez que o direito já encontra-se garantido no meio social.²²

Diante disto, é possível citar parâmetros que poderiam uniformizar e racionalizar a atuação judicial no âmbito do direito à saúde, buscando uma ação mais clara do judiciário.

O primeiro parâmetro é o de que no âmbito das ações individuais o Poder Judiciário deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos já constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, em especial a política de medicamentos. Isto decorre do poder emanado pelo povo, uma vez que tais listas são elaboradas por este e deve respeitar-se o interesse social, ocorrendo no caso

²⁰ CARVALHO, Leonardo Arquimino de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008. Pág. 246.

²¹ Ibidem, Pág. 247.

²² Ibidem, Pág. 249.

de distribuição de medicamento fora da lista um maior esforço do juiz, devendo analisar se não é o caso de ação coletiva e oficiando-se ao Ministério Público.²³

Uma segunda opção seria trabalhar com as ações coletivas para a discussão de inclusão de novos medicamentos a lista, para tratar-se das políticas públicas, possíveis desvios e falhas. Isto teria como fundamento, em primeiro lugar que a discussão coletiva exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas e tornará mais provável o exame, já que os legitimados ativos terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e em segundo lugar o fundamento de que na esfera coletiva examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiça. Por fim, a decisão em ação coletiva teria efeitos erga omnes, o que preservaria a igualdade e universalidade no atendimento da população.²⁴

Outras possibilidades possíveis de serem citadas são a distribuição de somente medicamentos que tenham eficácia comprovada, isto, pois evitaria-se o dispêndio de verbas do Estado com possíveis falhas, tendo este que possibilitar novamente a distribuição de novo medicamento eficaz. Em consonância com os parâmetros já citados temos a opção de privilegiar os recursos já existentes no Brasil, uma vez que haveria o movimento da economia nacional, e optar-se pelos medicamentos e tratamentos de menor custo e se possível por medicamentos genéricos.²⁵

Além disto, é possível citar a Licença Compulsória de medicamentos como meio de efetivação e garantia do direito à saúde, pois esta pode ser interpretada como uma importante ferramenta para a promoção do sistema de saúde pública e do acesso universal a medicamentos essenciais no Brasil e de todos os países em desenvolvimento ou com menor desenvolvimento relativo, aumentando a qualidade de vida das populações desses países e garantindo efetivamente a aplicabilidade do Direito à Saúde.²⁶

²³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., Pág. 28-29.

²⁴ Ibidem, Pág. 30-32.

²⁵ Ibidem, Pág. 32-34.

²⁶ ANDRADE, Juliana Demori de; RIBEIRO, Mônica Alves Costa. **Direitos Humanos como limite ao direito de propriedade intelectual: Licença Compulsória de medicamentos.** [S.l. : s.n.], s.d. Pág. 20.

A licença compulsória refere-se à vulgarmente chamada quebra de patente, o que leva ao entendimento errôneo de que se perdem todos os direitos em torno da produção intelectual, sendo que, na verdade, perde-se a privacidade em torno da patente, recebendo royalties pela sua criação como vantagem econômica. O que vem a ensejar a Licença Compulsória é: o exercício abusivo dos direitos decorrentes da patente, a não exploração ou exploração insuficiente do objeto patentado, a não-satisfação das necessidades do mercado local, o abuso de poder econômico e em situações de emergência nacional ou de interesse público.

Portanto, esta pode tornar-se uma importante ferramenta no âmbito do direito à saúde quando configurada as hipóteses para que venha a ensejar a Licença Compulsória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Juliana Demori de; RIBEIRO, Mônica Alves Costa. **Direitos Humanos como limite ao direito de propriedade intelectual: Licença Compulsória de medicamentos.** [S.l. : s.n.], s.d.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **O controle judicial dos direitos fundamentais no Brasil.** [S.l. : s.n.], s.d.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Direitos Sociais e Judicialização da política.** [S.l. : s.n.], s.d.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** [S.l. : s.n.], s.d.

BRASIL. **Constituição**, 1988.

CARVALHO, Leonardo Arquimino de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. **Revista da Defensoria Pública.** São Paulo, v. 1, n. 1, pág. 235–253, jul./dez. 2008.

FONTE, Felipe de Melo. **A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, nº. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf>>. Acesso em 31 de Março de 2012.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública.** São Paulo, v. 1, n. 1, pág. 35-74, jul./dez. 2008.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **Direitos Fundamentais Sociais e Econômicos.** São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 53-70.

SARLET, Ingo Wolfgang.. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002.



Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de Junho de 2012.