

# FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: “MANDATO DEMOCRÁTICO DO JUIZ” E/OU (DES)CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA?

Denise dos Santos Vasconcelos Silva<sup>†</sup>

Resumo: O objeto deste estudo é a busca da definição de limites à atuação Juiz nas questões envolvendo medicamentos e tratamento de saúde que não são fornecidos gratuitamente pelo Estado, desta feita o cidadão busca o Judiciário visando efetivar seu direito fundamental social à saúde consagrado na Constituição Federal Brasileira, sendo assim, poderá o Juiz intervir na política pública implementada pelo Legislativo e Executivo frente aos limites orçamentários, a violação do princípio democrático e principalmente ao Princípio da Separação de Poderes?

Palavras-Chave: Direito à saúde. Políticas Públicas. Princípio da Separação de Poderes.

Abstract: The object of this study is to search the definition of limits to acting judge in matters involving medication and health care not provided free by the state, so the citizen seeks judicial order to effect the fundamental social right to health enshrined in the Federal Constitution from Brasil, so the judge can intervene in public policy implemented by Legislative and Executive against budget limits, violation of democratic principle and especially the Principle of Separation of Powers?

---

<sup>†</sup> Mestranda em Direito Constitucional - Universidade de Lisboa. Professora Tutora de Direito da Infância e da Juventude da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Email: denisevasconcelos\_@hotmail.com

Keywords: Right to Health. Public Policy. Principle of Separation of Powers.



Com o Pós-II Guerra Mundial, impulsionada pela Revolução Industrial (péssimas condições de trabalho, período em que as classes populares encontravam-se de modo mais intenso escravizadas e presas à ordem política produtiva, haja vista a tamanha precarização dos salários, o que significava a submissão de trabalhadores a situações análogas a de escravo pela necessidade de satisfação das condições vitais, passou-se a se exigir do estado prestações jurídicas/materiais de caráter positivo a fim de oferecer o Estado do bem estar social - “*Welfare State*”<sup>1</sup>. Surgindo os direitos sociais, que são os direitos de segunda dimensão, deixando para trás o estado liberal em que os cidadãos exigiam uma abstenção negativa do estado.

O direito a saúde é previsto no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira - CFB como um direito social, e assim como os direitos dos trabalhadores, da seguridade social, da educação, esses direitos exigem uma prestação positiva do estado, através de “programas” de implementação desses direitos, que são as políticas públicas, por exemplo, no caso da efetivação do direito a saúde, são políticas públicas para construção de hospitais, modernização das enfermarias, ampliação dos leitos, qualificação dos profissionais da saúde, fornecimento de macas, aparelhamento dos centros de exames, bem como o fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde, que foi o caso trazido em questão, e no caso do cidadão não ter disponível determinado medicamento ou tratamento de saúde, acaba indo pleitar no Judiciário, que devido ao Princípio da inafastabilidade

---

<sup>1</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador. Juspodvm, 2008. p. 38.

de Judicial (artigo 5º, inciso XXXV da CFB) analisará a demanda.

Quando o juiz obriga o estado ao fornecimento de determinado medicamento ou tratamento, tal decisão efetiva o direito social à saúde, mas por outro lado pode:

1) Afetar o orçamento público (obstruindo a destinação sensata ou relocando os já escassos recursos públicos);

2) Comprometer a organização de toda a estrutura administrativa, porque os especialistas em saúde pública, em tese, são as Secretárias de Saúde e Ministérios da saúde e não o Juiz, o que violaria o Princípio da Eficiência do serviço público, e estes possuem ainda, dados técnicos que permitem uma melhor otimização de recursos para atendimento de um número maior de beneficiários, o que violaria o Princípio da Igualdade entre os pretensos beneficiários<sup>2</sup>);

3) Violar o princípio da legalidade, pois a Relação Nacional de Medicamentos –RENAME<sup>3</sup>, publicada pelo Ministério da Saúde, o qual consta, a lista com os medicamentos essenciais para tratar as doenças mais comuns na população, o qual apresentam menor custo nas etapas de armazenamento, distribuição, controle e tratamento, ademais, todas as fórmulas apresentam valor terapêutico comprovado, com base em evidências clínicas<sup>4</sup>, lista essa que revela as opções feitas pelo Poder Público considerando as diretrizes traçadas pela Política Nacional de Medicamentos<sup>5</sup>, podendo o cidadão necessitado postular

---

<sup>2</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Ed. Juruá, 2010. p. 171-190.

<sup>3</sup> BRASIL. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME*. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 7 ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

<sup>4</sup> BRASIL. Portal da Saúde do SUS. *RENAME*. Disponível em: <>. Acesso em: 08 nov. 2013.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*:

judicialmente em ações individuais, em face do Poder Público, ressaltando ainda que nas discussões travadas nessas ações, visando acrescentar/modificar a lista – o Judiciário: 3.1) somente pode determinar medicamentos de eficácia comprovada, (excluindo-se os experimentais e os alternativos, privilegiando os de menor custo, como os genéricos); 3.2) deve optar por substâncias disponíveis no Brasil; e 3.3) priorizar por fornecedores situados no território nacional<sup>6</sup>; e

4) Violar o princípio da isonomia ou princípio da igualdade, pois impede a concretização de outros direitos sociais em prol da coletividade, não podendo o direito a saúde remeter-se a um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento sem que se leve em conta o impacto que isso terá em relação à coletividade<sup>7</sup>, frente ao artigo 7º, inciso IV da Lei nº 8.080/90 prevê a igualdade da assistência a saúde<sup>8</sup>.

Em sua possível decisão favorável de concessão de um medicamento ou tratamento de saúde ao cidadão, o juiz deverá levar em conta ainda:

1) Se não houve oferecimento do mínimo existencial ao cidadão (o mínimo existencial não é um conceito objetivo, mas diante da situação em que: temos os direitos sociais previstos na Constituição, e se temos essa garantia constitucional dada pelo ordenamento jurídico, é função do estado que estes tenham uma máxima efetividade, mas como efetivá-los diante das impossibilidades fáticas que sempre haverão, já que as ne-

---

*direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Revista Jurídica UNIJUS. Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. vol. 1. n.1. Uberaba: UNIUBE, 1998. p.31.

<sup>6</sup> Ibid. p. 35-36.

<sup>7</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos Humanos como Direitos subjetivos: da dogmática jurídica a ética.* v. 28. n . 59. Porto Alegre: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio grande do Sul, 2004. p. 162.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei. nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990. Disponível em: <>. Acesso em: 13 ago. 2013.

cessidades serão sempre recorrentes e os recursos sempre tenderão a serem escassos? Desta feita, a solução que vejo primeiramente é relacionar os direitos sociais com o mínimo existencial do seguinte modo: quando é verificado que a demanda da prestação positiva daquele direito social, se não atendido, acarretaria o comprometimento de bens essenciais como a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana, há um direito subjetivo do particular requerida em juízo<sup>9</sup>, observa-se aqui que o indivíduo encontra-se aquém da sobrevivência, pois lhe falta dignidade<sup>10</sup>. Ou seja, as normas são abundantes, em contraponto, os recursos escassos, não são todos os direitos sociais que serão atendidos, a consequência disso será a determinação de prioridades e em que medidas serão concretizados, senão acarretará uma inutilização dessas normas<sup>11</sup>;

2) Auferir a razoabilidade da pretensão individual em face do Estado (não cuida analisar apenas o Princípio da Proporcionalidade - *Geeignetheit; Erforderlichkeit; e Verhältnismässigkeit* - mas ainda ver a pertinência da exigência de um ansejo individual como membro de uma comunidade, como uma relação de justiça do indivíduo com os demais cidadãos<sup>12</sup>);

3) Levar em conta a (in)existência de recursos financeiros do Estado (Não há direitos sem custos<sup>13</sup>, de uma forma ou de outra, a implementação de políticas públicas que dê plena eficácia aos direitos sociais dependerá dos recursos públicos

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009. p.103.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 335.

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano*. v.1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 392.

<sup>12</sup> Op. Cit. BARZOTTO. p. 162.

<sup>13</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 346.

disponíveis<sup>14</sup>, os direitos sociais, em regra, são onerosos, sendo certo que o estado não tem recursos financeiros para o atendimento de todos os direitos, e mesmo que tivesse condições para o atendimento de alguns direitos, as necessidades humanas seriam sempre crescentes e infinitas de modo que haverá sempre uma escassez de recursos, e se não há o suficiente para atender a todos, pode dizer que há uma escassez<sup>15</sup>, nessa situação o estado tem que de fato buscar por ações progressivas para concretude dos direitos, não podendo se fazer valer do argumento da escassez para exigir mais “tempo”, para que se realize os direitos, pois se essa realização for adiada em data não definitiva, esses direitos passam a não ter sentido<sup>16</sup> e quando há essa escassez, o estado fica encarregado de (re)distribuir os recursos entre todos que precisam, casos em que podem ocorrer as chamadas, escolhas trágicas, que em regra, são disjuntivas, pois implicará atender a uns e não atender a outros<sup>17</sup>).

Ademais, muitos argumentam, principalmente com fulcro no Princípio da Separação de Poderes (artigo 60, § 4º, inciso III da CFB), que o Judiciário não poderia fazer essa interferência na esfera do Poder Executivo e Legislativo, que são os escolhidos por voto popular, os quais teriam o poder de decidir acerca das políticas públicas de concretização dos direitos sociais em um Estado Democrático de Direito, pois são os representantes

---

<sup>14</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 22.

<sup>15</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73.

<sup>16</sup> LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*. La Paz: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2001. p. 163.

<sup>17</sup> Op cit. GALDINO. p. 160.

eleitos pelo povo, entretanto parece-me interessante levar em conta que muitos cidadãos brasileiros não se sentem representados de fato pelos membros do Congresso Nacional, havendo um “abismo completo” entre o eleitor e o representante que foi eleito por ele, e isto está ligado, por exemplo, aos altíssimos tributos, em que não há por parte do estado um fornecimento das necessidades mais básicas, como educação, saúde e segurança pública<sup>18</sup>, ou seja, vivemos uma “crise da democracia representativa” e o Poder Judiciário ao analisar e fiscalizar as políticas públicas trás ganhos para a democracia no sentido em que fornece mais legitimidade ao sistema representativo<sup>19</sup>, não estou afirmando que o Judiciário tenha um “mandato democrático”, até porque os membros do Judiciário não se submetem à apreciação do voto popular, mas ao meu ver é notório que os direitos sociais indispensáveis a uma vida digna e garantidos pela Constituição, dada a sua complexidade e necessidade de eficácia e aplicação imediata por parte do Poder Público, demandam uma integração dos vários poderes para sua total e absoluta fruição por parte dos particulares, sendo assim, o Estado Democrático de direito, por ter um conceito amplo e substantivo, merece ser decodificado também pelo Judiciário para aplicar os valores constitucionais<sup>20</sup>, ademais, o Princípio da Separação de Poderes não é uma divisão absoluta das funções, como foi demonstrado ao longo da história por Aristóteles, Locke, Rosseau, Montesquieu etc., na sociedade pós-moderna em que vivemos o que ocorre é a distribuição das três funções estatais, pois o poder é uno e indivisível tendo que haver é uma

---

<sup>18</sup> BUENO, Alexei. *Brasil: das manifestações à visita do Papa*. Disponível em: < Acesso em 08 ago 2013.

<sup>19</sup> JORGE NETO. Nagibe de Melo. *O Controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*

<sup>20</sup>FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil – Uma Visão Geral*. Temas de Integração. n. 23. Coimbra: Almedina, 2007. p. 84.

integração e um equilíbrio, de modo que os poderes sejam independentes, coordenados e harmônicos, em que um poder limita o outro (“*check and balances*”).

Então nesse contexto da implementação das políticas públicas o que deverá ocorrer é a autorização, planejamento e execução das políticas públicas pelo Executivo e Legislativo e o Judiciário deverá garantir a efetivação do direito social que aquela política pública visa assegurar, que como todo direito social exige que o estado provenha e crie condições para que seja efetivado, quando o Executivo e o Legislativo se mostram incapazes e inertes, resta aos cidadãos procurar o Judiciário para que este seja um “guardião das promessas”<sup>21</sup> feitas na constituições afim de verificar se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas e se sim, se estão atingindo os objetivos almejados, devendo agir assim quando ocorrer inoperância dos outros poderes<sup>22</sup>, como no caso do fornecimento de remédios ou tratamento de saúde as pessoas que deles necessitem, ou seja, o Juiz intervém para fazer valer os preceitos constitucionais, não se trata de uma sobreposição do Juiz aos demais Poderes (que se mostram relapsos na ordem constitucional de efetivação dos direitos sociais), e sim uma sobreposição da Constituição<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup>GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad.: Maria Luíza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>22</sup>ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007. p.75

<sup>23</sup>QUEIROGA, Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de. *O controle Judicial das Políticas Públicas e o papel do Ministério Público* In Revista Jurídica do Ministério Público. num I. ano I. João pessoa: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2007.p. 293.





## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista Jurídica UNIJUS. Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. vol. 1. n.1. Uberaba: UNIUBE, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos Humanos como Direitos subjetivos: da dogmática jurídica a ética*. v. 28. n. 59. Porto Alegre: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio grande do Sul, 2004.
- BRASIL. Lei. nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2013.
- \_\_\_\_\_. Portal da Saúde do SUS. *RENAME*. Disponível em:  
<[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1)>. Acesso em: 08 nov. 2013.

- \_\_\_\_\_. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME*. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 7 ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.
- BUENO, Alexei. *Brasil: das manifestações à visita do Papa*. Disponível em: <[http://portuguese.ruvr.ru/2013\\_07\\_22/brasil-das-manifestacoes-visita-do-papa-1282/](http://portuguese.ruvr.ru/2013_07_22/brasil-das-manifestacoes-visita-do-papa-1282/)> Acesso em 08 ago 2013.
- ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil – Uma Visão Geral*. Temas de Integração. n. 23. Coimbra: Almedina, 2007.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad.: Maria Luíza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*. La Paz: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2001.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos Direitos Soci-*

as. Salvador. Juspodvm, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano*. v.1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

QUEIROGA. Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de. *O controle Judicial das Políticas Públicas e o papel do Ministério Público* In Revista Jurídica do Ministério Público. num I. ano I. João pessoa: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.