

Políticas públicas e o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos: desafios ao poder judiciário

Public policy and the right to supply free of medicine: Challenges to the judiciary

Têmis Limberger¹

Unisinos, RS, Brasil
temis@via-rs.net

Hector Cury Soares²

UFRGS, RS, Brasil
hcurys@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho analisa os desafios da efetivação do direito à saúde, especialmente no que tange ao fornecimento gratuito de medicamentos. Para tanto, apresenta-se toda a complexidade que envolve a promoção de políticas públicas em um país de modernidade tardia como o Brasil, onde os recursos são escassos, e o deferimento de determinadas demandas pode representar a escolha entre a vida de um sujeito e a vida da coletividade. Com base nisto, estuda-se a priorização de demandas coletivas como a melhor forma de efetivação das políticas públicas de saúde, em particular, o fornecimento gratuito de medicamentos. Dessa forma, neste artigo, são traçados limites mínimos entre a intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo, repensando as políticas públicas e suas implicações no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: controle judicial, direito à saúde, políticas públicas.

Abstract

This paper analyses the challenges in the case of the right to health, specially, the free supply of medicine. Thus, it aims to present the complexity involved in achieving public

¹ Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra, de Barcelona. Mestre pela UFRGS. Professora do PPG em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Promotora de Justiça/RS. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Mestre em Direito pela Unisinos. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. UFRGS. Av. João Pessoa, 80, 90040-000, Porto Alegre, RS, Brasil.

policies in undeveloped countries, like Brazil, in which the financial sources are scant and the deference of some judicial demands should represent the choice between life of one and life of many people. Based in these facts, it is studied the prioritization of collective judicial actions as the better way of accomplish public policies of health, particularly, free supply of medicine. Therefore, in this article it is drawn minimal limits on the intervention of Judicial Power in Executive Power, rethinking public policies and their implications in Democratic State.

Key words: judicial control, right to health, public policies.

Introdução

Os direitos não são um dado, mas um construído. Pode-se formular esta ideia a partir do pensamento de Arendt (1998), que concebe os direitos humanos, desde a construção da igualdade, e a cidadania como o *direito a ter direitos*, o qual se conforma no primeiro direito humano. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura em que vige o princípio da legalidade, evitando-se o surgimento de um novo *estado totalitário de natureza* (Arendt, 1998, p. 368-382). Nesta perspectiva, quando se comemoram 20 anos da promulgação da Constituição Cidadã, a questão principal não é mais a declaração de novos direitos, mas a busca pela efetividade dos mesmos. Aí se insere o direito à saúde que, por ser um direito social, requer a disponibilidade orçamentária para sua implementação. O direito à saúde teve a sua trajetória de construção nestas duas décadas, e muito ainda há de ser feito.

No Brasil, devido à falta de planejamento, são despendidas elevadas quantias quando se trata da implementação dos direitos sociais. Ao invés de haver uma atitude de prevenção, se gasta muito mais na reparação. Pode-se pensar na questão da educação, moradia, segurança, transporte, trabalho, previdência social, lazer, saúde etc. Todos estes direitos sociais previstos no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal (CF) se prestam para investigação, mas, devido a um corte metodológico necessário, é imprescindível delimitar a questão. Nesta perspectiva, os dois direitos sociais que têm as chamadas “*verbas carimbadas*” por parte dos poderes públicos, no sentido de que o percentual de recursos se encontra previamente definido, são educação (art. 212, da CF) e saúde (art. 198, § 2º, da CF). Isto afirma a importância de investimento para estes setores tão prioritários para que, no futuro, o Brasil seja um país sem tantas desigualdades sociais. Assim, este trabalho aborda o direito à saúde, especialmente nestes últimos anos da recente

história constitucional democrática brasileira. Neste cenário, o desafio que se impõe é fazer com que o direito à saúde não seja um comando meramente programático, mas se torne efetivo.

Diante desse quadro, pergunta-se: quais são as possibilidades e os limites do controle judicial, atinente às políticas públicas que visem à implementação do direito à saúde?

Para responder a esta questão, algumas tomadas de posição são necessárias diante dos questionamentos: por que vigora(ou) no direito administrativo brasileiro o dogma da impossibilidade de revisão dos atos administrativos que se albergavam sob o manto da discricionariedade administrativa; qual o conceito de política pública; e quais os critérios para se estabelecer a intervenção do Poder Judiciário nesta seara.

Neste artigo, abordam-se as políticas públicas como determinações constitucionais, ou seja, mandatos a serem realizados pelo administrador; sujeitos, portanto, ao controle judicial. Assim, tarefas que são previstas na Constituição e que devem ser realizadas de acordo com a capacidade orçamentária, mas que não se constituem em uma discricionariedade administrativa e não ficam, portanto, imunes ao questionamento judicial. Com isto, revisa-se o conceito de discricionariedade da administração que foi transposto equivocadamente do direito francês ao direito brasileiro e, também, a forma de realização dos direitos sociais, na qual a doutrina alemã não se adapta totalmente à realidade brasileira. Por isso, há necessidade de desenvolver uma teoria voltada às especificidades de nosso país, desde a ótica de uma hermenêutica comprometida com uma nova crítica do direito e, ao final, à busca de uma solução adequada constitucionalmente.

Nesse sentido, a redemocratização representou uma profunda mudança do sistema jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 promoveu uma revisão dos conceitos jurídicos em todos os ramos do direito. O fenômeno da constitucionalização do direito é

percebido não somente nos debates doutrinários, mas, sobretudo, na prática forense. Assim, a Constituição Federal de 1988, ao conferir constitucionalidade a diversos princípios inerentes ao Estado de Democrático de Direito, cria um programa salutar a ser seguido pelos agentes públicos no desenvolvimento de políticas públicas à concretização do direito à saúde. O direito ao recebimento de medicamentos, problema eminente e objeto frequente de demandas judiciais individualizadas, possui o status constitucional de direito social. Entretanto, o dever de fornecimento de medicamento por parte do Poder Executivo gerou uma judicialização excessiva, sendo necessária a elaboração de critérios de controle judicial adequados, barrando o ativismo judicial e permitindo ao poder público a elaboração de políticas públicas de saúde voltadas à coletividade.

Assim, no Brasil, os direitos sociais, para que sejam efetivos, demandam um caminho diferente dos países europeus, onde estes são uma determinação da Constituição ao legislador ordinário ou ao administrador. Em nosso país, diante da particularidade própria em que estes comandos não são atendidos por seus destinatários, é importante a intervenção do Poder Judiciário. O desafio consiste em verificar os limites em que ocorre a atuação do Poder Judiciário, a qual não pode se substituir em atividades destes outros dois poderes, mas tem de propiciar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, quando decorrentes de políticas públicas insuficientes ou inexistentes.

Passaram-se quase 20 anos para que os direitos sociais fossem relacionados com os dispositivos orçamentários. Isso é o que Canotilho e Moreira (1991, p. 173)³ denominam de “Constituição Orçamental”. As medidas de gestão orçamentária são importantes quando se pretende a realização dos serviços públicos.

Questões vitais como saúde, educação, segurança e moradia reclamam, para sua implementação, dispêndios por parte do poder público que precisa contar com disposições orçamentárias. Assim, o administrador, quando concretiza uma política pública, encontra no orçamento o limite objetivo da reserva do possível (Sarlet, 2010, p. 27). Da mesma forma, diante da omissão ou precariedade da implementação da política pública, o Poder Judiciário fica também adstrito ao orçamento, mas, para efetivar os direitos sociais, pode pronunciar-se quando provocado. Durante muitos anos havia a errônea concepção de discricionariedade administrativa que servia para

agasalhar todos os desmandos ou ineficácia do executivo. Sob o manto do ato discricionário, não poderia o Judiciário se imiscuir na atividade da administração. As ações judiciais interpostas e algumas decisões judiciais indicam que houve uma mudança de posição. É claro que isto não significa suprimir ou substituir a atividade administrativa, mas buscar a efetividade dos direitos sociais.

Com estes balizadores será possível travar uma discussão da eficácia e dos limites de implementação das políticas públicas de concretização dos direitos sociais, quando forem submetidas ao crivo do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde, não no sentido de sentenças formuladas com critérios eminentemente subjetivos, mas a decisão adequada (Streck, 2008b, p. 99), desde o ponto de vista constitucional. Portanto, é preciso propor limites constitucionalmente adequados para a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde (fornecimento de medicamentos), principalmente em se tratando de países periféricos (de modernidade tardia), nos quais os recursos voltados à saúde são cada vez mais escassos. Além da própria tensão entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, há um conflito maior entre um interesse (direito) individual à saúde – em última instância, à vida – e um direito coletivo (da coletividade) à saúde.

O semiestado social brasileiro e a importância da intervenção do poder judiciário na promoção de políticas públicas

A ideia central é investigar as principais causas do aumento do número de demandas individuais voltadas ao fornecimento de medicamentos (política pública de saúde) e como racionalizar os escassos recursos disponibilizados na peça orçamentária à saúde. Esse é o contexto brasileiro! Junte-se, então, a esse breve panorama a condição de país de modernidade tardia, predicado adquirido tendo em vista a não realização do Estado social. O resultado de tudo isso vem na contra-mão da história: esse modelo foi mal fixado na Constituição Federal; houve (e ainda há) ações para reduzir a intervenção estatal ao mínimo – diga-se: ao mínimo do mínimo. Ou seja, nada se tinha, mas, mal se fixou um rol de direitos sociais na Constituição que ainda não foram concretizados, e já se pensa em excluí-los.

³ Na Constituição orçamental estariam os preceitos relativos ao orçamento do Estado, principalmente a aprovação parlamentar do orçamento, incluindo a autorização parlamentar anual dos impostos e a autorização e o controle parlamentar das despesas públicas.

Em um contexto mundial, a crise do Estado Social e a derrota dos socialismos reais foram pressupostos perfeitos à modernização neoliberal. A política econômica do neoliberalismo tem como estratégia a privatização, a desregulamentação, a flexibilidade, a dívida externa, o ajuste e, como finalidade essencial, a adjudicação de recursos da sociedade e do poder, favorecendo a transnacionalização da economia, da política e da cultura.

A tese do Estado Mínimo confronta-se com as bases do Estado Social (países centrais). Em países periféricos, como o Brasil, de curtos e incipientes lapsos de democracia do Estado Social, as diferenças sociais crescem de forma progressiva, rumo ao mínimo do mínimo. O discurso moderno do neoliberalismo é assentado sob a privatização, o confisco de direitos trabalhistas, a eliminação de estabilidade de funcionários públicos, o ajuste fiscal para equilibrar as receitas e as despesas, a privatização de serviços públicos e a dolarização da economia.⁴

No Brasil, intenta-se retornar a um Estado Mínimo, desregulamentado, privatizado, sem ter ao menos efetivado suas *promessas da modernidade*. Dito de outra forma, não há o mínimo de cidadania (direitos sociais) e vislumbra-se a redução do mínimo: nada mais adequado do que a expressão *Estado Mínimo do Mínimo!* Isto é reflexo de pensamentos hegemônicos e, portanto, pequeno-burgueses de que o Estado deve atender tão-somente aos contribuintes⁵. Desta forma, há uma ampliação das funções do Estado (formalmente) e dos direitos sociais, porém não se cumprem as chamadas promessas da modernidade. Em outras palavras, há um simulacro de modernidade, uma modernidade tardia⁶, na medida em que tão logo foram incorporados esses direitos sociais, intentou-se uma redução desse Estado⁷.

Assim, com a precarização dos direitos sociais e econômicos, assume relevância a intervenção do Poder Judiciário, havendo um deslocamento da legitimidade de

Poder Executivo⁸. Daí o crescente aumento de demandas judiciais visando à efetivação de direitos sociais em países periféricos como o Brasil.

Os recursos da saúde, entretanto, são muito escassos, sendo necessária a adoção de algumas prioridades pelo gestor público. Para se ter dimensão, o aplicado em saúde hoje no Brasil, na esfera federal, não representa 2% do Produto Interno Bruto (PIB), conforme apresenta a Tabela 1 (Brasil, 2007b).

Como se pode observar, não há uma grande variação do total do gasto federal com saúde, em relação ao PIB, entre 1995 e 2006. O PIB, em 2007, representou cerca de 2,5 trilhões de reais (Brasil, 2006); destes, 1,7% destina-se a gastos federais com a saúde. É nesse contexto que deve ser efetivado o direito à saúde, o que inclui o fornecimento gratuito de medicamentos.

Observe-se que a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro, além da filosofia política da Carta de 1988 e da agenda neoliberal, deve ser equilibrada ao estado atual da economia brasileira. Em contrapartida, o *welfare state* exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito” (Vianna, 1999, p. 21).

A falta de critérios do Poder Judiciário, aliada a poucos investimentos na saúde pública e à constante negativa por parte do Poder Executivo em fornecer medicamentos, gera a proliferação de decisões extravagantes ou até mesmo emocionais, as quais condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos descabidos, ou mesmo ao fornecimento de medicamentos experimentais, de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas.

⁴“Os neoliberais sabem que a superação da ordem do capital e a afirmação dos valores democráticos, os mais caros à tradição liberal, correm risco com a denúncia renovada dos socialistas. Daí a deliberada ofensiva contra toda a proposta de superação vinda daquele campo político, a começar pela despolitização das relações sociais, pressuposto basilar do projeto neoliberal. Qualquer regulação política do mercado, via Estado, via instituições da sociedade civil é negada por princípio. A despolitização é um de seus pressupostos, assim como... a vontade de quebrar a espinha dorsal dos sindicatos e dos movimentos organizados da sociedade” (Arruda Júnior, 1997, p. 63).

⁵ Bem referiu Camargo (2008, p. 16): “Não é incomum, nos tempos que ora correm, a reclamação em torno de o Estado somente dever atender a quem é contribuinte dos tributos que arrecada, sendo os demais verdadeiros vampiros sociais das forças vivas que movem a nação, por traduzir, invariavelmente, a generosa opção pelos pobres uma cruel opção pela pobreza”.

⁶ “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social” (Streck, 2008a, p. 21).

⁷ O Professor Dromi (2005, p. 10) apresenta interessante conjuntura da América Latina invadida pelo (neo)liberalismo: “Antes bien, la disminución del aparato estatal no se traslada a sus responsabilidades, las que cada vez se dirigen más hacia la regulación y el control de las conductas públicas. Este proceso aparece consolidado, no obstante la existencia de algunas voces que hablan de su agotamiento, al tiempo que afirman ver el retorno a ciertas formas de estatismo, particularmente, en América Latina. La gestión estatal es desempeñada cada vez más subsidiariamente, quedando reservado su ejercicio exclusivo o preeminente a materias muy específicas (defensa, seguridad, justicia) y dejando las restantes a entes privados y públicos no estatales, mientras las puedan desenvolver adecuadamente”.

⁸ Santos (2007, p. 21) assim resume: “Por estas razões – diferentes de país para país, mas convergentes no seu sentido geral – temos mesmo vindo a assistir, em alguns países a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário”.

Tabela I: Gasto federal com saúde, como proporção do PIB, segundo item de gasto Brasil, 1995-2006**Table I:** Federal spending on health as a proportion of GDP by expenditure item Brazil, 1995-2006.

Item de gasto	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Total	1,79	1,53	1,67	1,58	1,69	1,70	1,71	1,68	1,58	1,62	1,59	1,70
I. Gasto direto com saúde	1,55	1,26	1,31	1,01	0,97	0,87	0,81	0,75	0,67	0,54	0,48	0,53
a. Pessoal	0,35	0,28	0,25	0,22	0,22	0,21	0,19	0,19	0,21	0,20	0,18	0,21
b. Outras despesas correntes	1,16	0,96	1,04	0,77	0,72	0,62	0,59	0,54	0,44	0,31	0,28	0,29
c. Outros gastos diretos	0,04	0,02	0,03	0,02	0,02	0,04	0,03	0,02	0,02	0,03	0,03	0,03
II. Transferência a estados e DF	0,11	0,06	0,08	0,09	0,11	0,19	0,21	0,24	0,26	0,37	0,41	0,45
III. Transferência a municípios	0,10	0,18	0,24	0,41	0,54	0,59	0,63	0,63	0,60	0,66	0,65	0,69
IV. Outras transferências	0,04	0,03	0,04	0,07	0,07	0,05	0,06	0,06	0,05	0,05	0,05	0,04

Fonte: IPEA/DISOC - estimativas anuais a partir dos dados do SIAFI/SIDOR e das Contas Nacionais do IBGE.

O casuísmo das decisões judiciais brasileiras levará à não realização do previsto na Constituição Federal, art. 196, que estatui: “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”, impedindo que políticas públicas coletivas sejam devidamente implementadas. A escassez de recursos faz com que a Administração Pública estabeleça algumas prioridades para a efetivação dos direitos sociais. Todavia, cumpre salientar que não são apenas os direitos sociais que geram um custo ao Estado, os chamados direitos de primeira geração (dimensão) também geram

custos em sua realização. Basta imaginar, por exemplo, o custo da segurança pública, o custo da manutenção (pública) de um corpo de bombeiros, tudo isto para a garantia de um direito de liberdade⁹. Coloca-se por terra a tese *minimalista* de que somente os direitos sociais geram custos ao Estado.

O último fator contribui ao aumento da complexidade da nossa equação (fornecimento de medicamentos - direito à saúde – orçamento estatal – escassos recursos), sem esquecer-se das dificuldades de o Brasil ser um país periférico¹⁰. Exatamente pela sua condição de periférico o Poder Judiciário passa a intervir na realização de políticas públicas, necessitando afirmar a sua legitimidade, pois não a obtém por meio de processo

⁹“Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials. The private realm we rightly prize is sustained, indeed created, by public action. Not even the most self-reliant citizen asked to look after his or her material welfare autonomously, without any support from fellow citizens or public officials. [...] When structured constitutionally and made (relatively speaking) democratically responsive, government is an indispensable device for mobilizing and channeling effectively the diffuse resources of the community, bringing them to bear on problems, in pinpoint operations, whenever these unexpectedly flare up. [...] To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. [...] Both the right of welfare and the right to private property have public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury” (Holmes e Sunstein, 2000).

¹⁰“Ao contrário do que se passa nos países centrais, não se tratam de influências exercidas sobre o Estado e sua ação, mas da configuração interna do próprio poder do Estado. O autoritarismo estatal, por ser relativamente ineficaz, não só é incompleto como contraditório, e, por sua vez, contribui para a grande heterogeneidade e fragmentariedade da actuação (sic) do Estado. Tal heterogeneidade assume várias formas, algumas das quais já analisei em trabalhos anteriores. Menciono aqui uma raramente referida. Reside no modo como a actuação (sic) da burocracia do Estado oscila entre a extrema rigidez, distância e formalismo com que obriga o cidadão anônimo (sic) e sem referências (a que chamo sociedade civil estranha) a cansar-se aos balcões de serviços inacessíveis, a preencher formulários ininteligíveis, e a pagar impostos injustos e a extrema flexibilidade, intimidade e informalidade com que trata, para os mesmos efeitos, o cidadão conhecido e com boas referências (a sociedade civil íntima)” (Santos, 2006, p. 131).

eleitoral. A legitimidade do Poder Judiciário reside exatamente na capacidade de proteger os direitos dos cidadãos, resistindo à pressão política exercida pelo governo (Lobato, 2001).

A intervenção, exatamente pela complexidade, não pode ser desmedida sem a utilização de critérios por parte do Poder Judiciário. O fator econômico (escassez de recursos) não pode ser o único pesado pelo Judiciário, mas não pode ser esquecido. Ao desconsiderar o fator econômico, pressupõe-se que não há uma organização e planejamento do Poder Executivo em propor políticas públicas de saúde e, ademais, que não há uma lista de medicamentos elaborada conforme estudos regionalizados do Ministério da Saúde.

O Poder Judiciário apresenta-se, então, como a *tábua de salvação* àqueles que tiveram o fornecimento de medicamento negado pelo Poder Executivo. Na decisão, fatores emocionais ou mesmo um pseudo-ativismo judicial fazem com que todo o planejamento voltado à garantia da saúde de uma coletividade seja comprometido em virtude de uma pessoa necessitar do fornecimento de determinado medicamento. Ignora-se totalmente a apresentada complexidade da equação dos gastos públicos e o espaço discricionário – necessário – a proposição de políticas públicas de saúde de determinado governo.

A própria ideia de separação dos poderes (funções) implica um entrelaçamento harmônico entre Judiciário, Executivo e Legislativo, contrariando o que se observa em relação ao deferimento de demandas individuais para o fornecimento gratuito de medicamento, na medida em que a judicialização excessiva tem dado resultados práticos. Em última instância, pode-se afirmar que o deferimento dessas demandas seria contrário ao próprio projeto de Constituição Federal brasileira.

É evidente a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sendo uma imposição do atual. Entretanto, a matéria não pode ser tratada sem os cuidados pertinentes. Como foi apresentada, essa matéria envolve grande complexidade, a qual não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário ao exercer seu controle sobre as políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

Portanto, observa-se o aumento progressivo (tendência) de demandas judiciais para a realização de políticas públicas. Contudo, a intervenção do Poder Judiciário não pode ser uma intervenção sem precaução, pois é uma imposição do atual estágio do Estado Democrático de Direito. Impõe-se uma modificação na perspectiva de que o orçamento é uma peça de ficção ou meramente decorativa, devendo-se admitir, dentro dos

parâmetros definidos, o controle excepcional do orçamento público (Barros, 2008, p. 94).

A superação do totem da discricionariedade administrativa

Durante muitos anos, no direito brasileiro vigorava o entendimento da impossibilidade de revisão judicial da atividade administrativa. O controle judicial dos atos da administração não era realizado, fundado na justificativa da discricionariedade administrativa. Esta posição, que vigorou em nosso país de forma incontestada, ainda encontra seguidores, embora tenha sido superada, por, no mínimo, três motivos. Primeiramente, está a impossibilidade de revisão dos atos administrativos por parte do Judiciário, que é doutrina transposta do direito francês, no qual existe uma especificidade conhecida como o contencioso administrativo que, no direito brasileiro, não encontra similar. O segundo motivo reside na teoria transposta do direito alemão em que os direitos sociais são comandos endereçados ao legislativo e administrativo, não cabendo ao Judiciário este controle. Na Alemanha, tais poderes realmente levam a sério a implementação destas políticas públicas, sem que seja necessária a interferência do Judiciário. Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado é que, no Estado Democrático de Direito, a escolha do administrador está vinculada aos preceitos constitucionais, em especial pela pauta dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, quando toma esta decisão, não pode cair na casuística, autorizando ou negando todas as pretensões que lhe vêm a julgamento, sem considerar os dispositivos orçamentários, mas deve buscar a solução adequada constitucionalmente, e aí reside a questão.

Com essa perspectiva, desenvolve-se este trabalho, investigando os limites em que são controladas as políticas públicas judicialmente. Assim, o questionamento judicial destes atos da administração vem ocorrendo, mas o importante é apontar os critérios segundo os quais este vem se implementando, para que o Judiciário não se substitua à atividade do administrador, e tampouco o administrador fique livre dos controles judiciais. Esta sindicabilidade tem de ocorrer de forma a concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. As grandes questões do direito público, neste terceiro milênio, dizem respeito à possibilidade de controle judicial dos atos da administração referente às políticas públicas.

Em um país como o Brasil, onde os direitos sociais ainda não estão assegurados para grande parte da população, a pergunta que se faz é a seguinte: fica ao alvedrio a implementação destas políticas públicas por

parte do Executivo, ou o Poder Judiciário pode ser um importante mecanismo de pressão na implementação destes direitos e em que limites? Assim, por exemplo, referente ao direito à saúde, a Constituição objetiva assegurar um tratamento caro no exterior para uma só pessoa ou o tratamento de doença epidemiológica relevante para uma parcela expressiva da sociedade? Por isso, quando está ausente ou insuficiente uma política pública, o Judiciário deve agir, mas com critérios e limites, sob pena de se cair no subjetivismo judicial. Desse fator advém a necessidade desta investigação, pois, em casos de omissão ou atuação precária do administrador, por vezes o Judiciário manifesta-se de forma tímida ou sem critérios. Visa-se, com este estudo, contribuir para esta questão, no sentido de apontar critérios formulados a partir dos preceitos constitucionais, sem que se caia em um casuísmo destituído de fundamento legal.

Com relação ao primeiro aspecto, a inadequação do modelo francês transposto à realidade brasileira, faz-se um retrospecto a respeito dos controles da administração. Pode-se afirmar que existem dois sistemas: o da unidade e o da dualidade da jurisdição. Esses sistemas decorrem da interpretação do Princípio da Separação dos Poderes. É importante salientar que a doutrina a que se convencionou a denominação “Separação dos Poderes” (Montesquieu, 1979, p. 148-154) não foi a sim conceituada por seu autor. Da leitura de sua obra, extraem-se duas ideias principais: a distinção tripartite das funções do Estado e a ideia de controle recíproco entre estas atividades. Em momento algum escreveu o autor a palavra “separação dos poderes”. Isto decorreu da interpretação principal de sua obra, mormente a apropriação da doutrina que se constituiu em um dos paradigmas apregoados pela Revolução Francesa. A interpretação e a crítica de Althusser (s.d., p. 127) não tiveram fortes ecos, no sentido de que Montesquieu era de origem nobre, conhecido como Barão de La Brède, e formulou a teoria apenas para fortalecer o poder monárquico, na época em que este se encontrava em crise.

Na França, berço do princípio da “Separação dos Poderes”, devido à doutrina de Montesquieu (1979), este foi interpretado de forma drástica como a impossibilidade de um poder exercer o controle sobre outro. A origem histórica desta interpretação encontra-se na desconfiança que os legisladores da Revolução Francesa tinham para com o Poder Judiciário, pois este mostra-

va-se resistente às conquistas populares. Valine (1952, p. 45) assevera que a Lei n. 16, de 24 de agosto de 1790, dispunha sobre a organização judiciária e proclamava a separação das funções administrativas e judiciais, que foi reafirmada com o período que se seguiu à Revolução Francesa. Houve proibição legal expressa aos juízes do conhecimento da matéria administrativa. As reclamações com conteúdo administrativo não poderiam ser, em nenhum dos casos, encaminhadas aos tribunais. Deveriam ser submetidas ao rei, então chefe da administração geral (Laubadère, 1995, p. 107).

Por contencioso administrativo, entende-se o conjunto de regras relativas aos litígios organizados que questionam a atividade dos administradores públicos. O progresso do direito administrativo francês deveu-se à existência de um contencioso. Esta instituição garantiu o desenvolvimento do direito propriamente dito, dando respaldo às teorias subjetivas, por meio das garantias de legalidade criadas, pela importância do aspecto moral da conduta dos administradores.

O recurso por excesso de poder é uma criação jurisprudencial devido ao próprio Conselho de Estado, constituindo-se no principal instrumento de controle da legalidade administrativa (Laubadère, 1995, p. 105-107)¹¹. Assim, o Conselho de Estado¹² é um órgão de fiscalização dos atos da administração, situado dentro do próprio Executivo, e desempenha suas funções decisórias com imparcialidade e em consonância com a legalidade. A justificativa é no sentido de que o legislativo é o poder constituído a partir da vontade popular, e não seria democrática a substituição da representação da soberania do povo pelo Poder Judiciário, que não é eleito democraticamente.

Essa questão é bem enfrentada por Cademartori (2006, p. 115), que analisa o fator legitimidade. Assim, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possuem intervenção calcada em pressupostos de legitimidade distintos. A legitimidade do poder legislativo decorre da ideia de soberania popular. O poder legislativo é o representante da população, em que pese poderem ser feitas críticas ao modelo representativo. Com pressuposto diferente de legitimidade se encontra o Poder Judiciário, que possui seu fundamento no Estado de Direito.

Basicamente, são estas as razões de ordem histórica pelas quais não se permite a revisão dos atos administrativos no direito francês, que consagra a dualidade de

¹¹ A respeito da evolução do recurso de excesso de poder, o autor faz uma análise de sua evolução até o final do século XX.

¹² Da mesma forma, o Conselho Constitucional é o órgão a quem incumbe o controle da constitucionalidade das leis, que é realizado de uma maneira preventiva, não se permitindo ao judiciário o controle destas questões.

jurisdição. Esta doutrina é inaplicável ao direito brasileiro em virtude do art. 5º, XXXV, da CF, que consagra a inafectabilidade do controle judicial de todos os atos. Logo, os atos da administração que traduzem opções de políticas públicas não podem ficar à margem do questionamento judicial: o desafio está em estabelecer estes critérios.

Além disso, no Brasil, os poderes executivo e legislativo não têm implementado as políticas públicas a contento, por isso a discussão se insere na órbita judicial. Neste contexto, outro aspecto a ser considerado é a sindicabilidade das políticas públicas como decorrência do Estado Democrático de Direito. Atualmente não existe um poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário vinculado (Maurer, 2007, p. 50). Esta vinculação pode se relacionar aos ditames constitucionais. Desta maneira, o conteúdo das políticas públicas não pode ficar ao alvedrio do administrador, mas tem de buscar efetivar os preceitos contidos na Constituição.

O direito administrativo se estruturou no século XIX, a partir do Princípio da Legalidade, configurando-se no primeiro grande freio imposto ao administrador, porém, atualmente, com a denominada fuga do direito administrativo ou a tendência neoliberalizante do Estado, ocasionando a chamada eficácia com relação a terceiros “drittwirkung”¹³, novos pressupostos devem ser erigidos.

Por isso, o grande desafio posto aos estudiosos do direito administrativo na atualidade é esta possibilidade de controle judicial. Moreira Neto (2006, p. 406) e Alli Aranguren (2004, p. 377) afirmam que há atuações administrativas constitucionalmente mandatórias, como é o caso das políticas públicas nacionais e não apenas governamentais da educação, da saúde e da segurança pública. Assim, o Estado Democrático de Direito reclama a implementação dos direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Logo, a atividade administrativa no terceiro milênio deve ser pautada dentro dos balizadores que compõem o Estado Democrático de Direito: os direitos do homem e a democracia substantiva. A partir destes dois vetores são estatuídos os quatro paradigmas atuais do direito administrativo (Moreira Neto, 2008): legitimidade, finalidade, eficiência e resultados, os quais devem ser analisados de forma conjunta e não isoladamente, tendo em vista a realização

do serviço público. Esses paradigmas serão necessários quando exercidos os controles com relação à atividade administrativa, quer no âmbito preventivo ou repressivo.

Assim, legitimidade e finalidade, que eram requisitos intrínsecos dos atos administrativos, demandam um novo olhar. No tocante à legitimidade, serão constitucionais as prestações públicas que respeitem os direitos fundamentais. A legitimidade, fundada no que se denominava pacto social, não basta mais; deve-se perquirir a respeito do atendimento dos valores que visam programar a pauta dos direitos humanos, principalmente quando estes completam 60 anos (Moreira Neto, 2008, p. 33). A legitimação é, sobretudo, um fenômeno antropológico indissociável do consenso alcançado pelos grupos sociais, que consiste na verificação da concordância com os fenômenos políticos e valorativos relacionados ao poder, ou seja, a sua concentração, a sua distribuição, ao seu acesso, ao seu exercício e ao seu controle (Moreira Neto, 2008, p. 63). Concernente à finalidade, estando sob a época da redescoberta dos valores e das finalidades, deve-se buscar identificar a finalidade nos princípios.

A eficiência é um princípio trazido pela Emenda Constitucional (EC) 19/98, que traduz um aspecto axiológico, no sentido de que o direito administrativo deve e pode ser um instrumento para a realização dos direitos fundamentais e facilitador do desenvolvimento econômico e social.

Após o aspecto valorativo, o último paradigma é o do resultado. Cuida-se de mensurador prático, em que são buscadas técnicas de controle da gestão (Moreira Neto, 2008, p. 139)¹⁴. Deve-se atentar para a prestação do serviço público, que possui um espectro distinto da seara privada. Já foi mencionado o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no qual os conflitos migraram da seara pública à privada. É a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado (Fleiner, 1928, p. 326 in Mir Puigelat, 2004, p. 158). Isto também aconteceu com a questão da saúde. Há, porém, especificidades próprias, pois a iniciativa privada somente se interessa por setores em que há a possibilidade de lucro. As áreas deficitárias são suportadas pelo poder público. Assim, a prestação de

¹³ Os conflitos não mais se situam na polaridade Estado x cidadão, mas nas relações grupo x indivíduo. Isso ocorre porque alguns grupos econômicos possuem poder paralelo ao Estado, decorrente, em alguns casos, das privatizações, em que muitos serviços públicos são prestados por empresas privadas. O desenvolvimento da *drittwirkung*, também conhecida por eficácia diante de terceiros ou eficácia horizontal, é hoje questão principal nos direitos do indivíduo. Os litígios foram se deslocando do plano das relações públicas para o das privadas. A propósito, vide Bilbao Ubillos (1997, p. 256).

¹⁴ São apresentadas técnicas destinadas a realizar as seguintes funções: (a) a definição de objetivos de políticas públicas; (b) a identificação das estruturas administrativas responsáveis por sua consecução; (c) definição das normas de desempenho que traduzam um compromisso quanto ao grau de realização dos objetivos demarcados em função dos meios a eles destinados; (d) os resultados comensurados e sua comunicação; (e) outorga de facilidades de gestão aos responsáveis proporcionalmente a seu desempenho (conforme convênios de gestão); (f) análise dos dados de desempenho integrados com vista a informar as subseqüentes decisões sobre recursos e orçamento; (g) fixação de acompanhamentos físicos e contábeis necessários para os controles, correntes e posteriores.

serviço pelo Sistema Único de Saúde (SUS) responde por aproximadamente 75% da população brasileira¹⁵. Isto demonstra que os 25% restantes incumbem à iniciativa privada porque são setores com a potencialidade de lucro. Desta forma, o princípio da eficiência deve ser aferido com características próprias e não com os mesmos balizadores privados.

Como se pode observar, a perspectiva *totemizada* de não ser possível o controle dos atos administrativos discricionários não é coadunada pelo atual ordenamento constitucional. Há uma confusão conceitual entre discricionariedade e arbitrariedade, pois a *liberdade* da administração a exarar atos de sua oportunidade e conveniência está adstrita à Constituição da República. Da mesma forma, tal aspecto reflete no controle jurisdicional das políticas públicas, permitindo ao Poder Judiciário promover ou concretizar essas políticas sem que, com isso, esteja desequilibrando a relação harmônica entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Os desafios a estabelecerem limites. E agora, judiciário?

Com base nas premissas analisadas anteriormente, notou-se a importância da intervenção do Poder Judiciário para a implementação de políticas, porém há necessidade de uma intervenção responsável, considerando as peculiaridades orçamentárias brasileiras e objetivando conferir sentido ao direito à saúde. Ademais, verificou-se a necessidade de valorizar as demandas coletivas como adequadas (não únicas) para um maior equilíbrio na equação orçamento (gasto público com medicamentos) *versus* efetivação do direito ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. Agora, cabe analisar qual o espaço de liberdade (discricionariedade) à Administração Pública para a determinação de políticas públicas de saúde, sem intervenção do Poder Judiciário e qual o espaço de intervenção do Poder Judiciário. Para tanto, é preciso compreender o sentido de políticas públicas no Estado (Social) Democrático de Direito.

Dessa forma, as políticas públicas¹⁶ são definidas como um programa ou quadro de ação governamental,

porque consistem num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, ou, na ótica dos juristas, concretizarem um direito constitucionalmente assegurado (Bucci, 2006, p. 14). Assim, o governo deve traçar uma série de medidas voltadas à coletividade (ordem pública) com o intuito de concretizar um direito, e à jurisdição constitucional caberá verificar a constitucionalidade das políticas públicas, interpretando-as conforme a constituição. Nesse sentido, os exemplos clássicos são o direito à saúde e o direito à educação.

Contextualizando historicamente, as políticas públicas surgem no chamado Estado Social, que nada mais é (historicamente) que um intento de adaptação do Estado tradicional (Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial aos seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas econômicas e organizativas para enfrentá-los. Daí se desenvolve, no primeiro terço do século XIX, as chamadas políticas sociais com o objetivo de remediar as péssimas condições dos extratos mais desamparados da população (sem a intenção de transformar a estrutura social). A atual política social transforma-se em política social generalizada. Isso faz com que as constituições incorporem ao seu texto uma série de direitos sociais. As condições históricas que tornam possível essa nova função do Estado se consolidam em uma nova etapa do neocapitalismo, ou seja, a necessidade de resolver os problemas gerados pela estrutura do Estado liberal e as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento cultural e tecnológico do período industrial (García-Pelayo, 1996, p. 18-19).

No Brasil, isso ocorre no período pós-45, quando há uma forte aceleração na industrialização do país, obrigando-o à adoção dos direitos sociais, que perduram na Constituição de 1988. Em que pese à presença desses direitos na Constituição, eles não foram efetivados e, mais que isso, quando houve uma forte instrumentalização da jurisdição constitucional atenta à democracia, o projeto de constituição confrontou-se com a agenda neoliberal. Tudo isso exige do Poder Judiciário uma atuação mais comprometida com a Constituição, acima

¹⁵ De acordo com a pesquisa mundial sobre saúde, desenvolvida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e coordenada no país pelo Centro de Informação Científica e Tecnológica (CICT) da Fiocruz, em estudo que avalia os sistemas de saúde de 71 nações, consigna que os brasileiros dispõem em média 19% da renda familiar com saúde, da parcela da população de 25,8% que têm acesso aos planos de saúde privados, enquanto a maioria, 74,2%, conta com os serviços do SUS (Brasil, 2008).

¹⁶ O conceito de políticas públicas é oriundo da Ciência Política e das Ciências da Administração Pública; logo, o debate no campo jurídico implica abertura à interdisciplinaridade. A figura das políticas públicas, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto de transformação do Estado liberal operada no século XX. "O paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos da ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia. Assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas" (Bucci, 2006, p. 1, 5).

de interesses de cunho meramente econômico¹⁷. Assim, se percebe porque o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica, nos últimos tempos. Da passagem do Estado Liberal com sua feição de abstenção¹⁸, chega-se ao Estado Social, com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo (Sigmann, 1985, p. 155), que tem sua marca na Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919 e, em nosso país, na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular no sentido de constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, na qual a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Deste modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico.

Nesse diapasão são elaboradas as políticas públicas de saúde, como a de fornecimento de medicamentos. O Estado interventor, o Estado Social, não mais interessa no contexto da sociedade globalizada. A nova tendência centrista é o neoliberalismo. Na América Latina, o Judiciário não figurou como tema importante em matéria de reforma, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A intervenção do Judiciário passa a ter relevância com o fim dos regimes autoritários. Com o Estado Social, a legitimidade do Estado não se funda na soberania popular, mas na realização das finalidades coletivas a serem realizadas programadamente; o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental.

No Estado Democrático de Direito, como propõe a Constituição Federal de 1988, o controle judicial de políticas públicas de saúde não pode traduzir-se em demandas individuais visando o acesso a medicamentos que não constam em listas fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. Deve-se atentar à possibilidade de controle que estabeleça a efetivação de políticas públicas para a coletividade. É necessária uma atuação comprometida da jurisdição constitucional, principalmente no controle de constitucionalidade das leis voltadas a constituírem um sentido ao direito à saúde, possibilitando a todos o

acesso aos medicamentos. Na Suspensão de Segurança n. 3073, o Estado do Rio Grande do Norte requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança n. 2006.006795-0, em trâmite no TJ/RN, que determinou ao ente federado o fornecimento de medicamentos de alto custo e não constantes na lista de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde. A Ministra Ellen Gracie (Brasil, 2007a) considerou 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 deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas.

A temática das políticas públicas, como processo de formação do interesse público, está ligada à questão da discricionariedade do administrador, na medida em que o momento essencial da discricionariedade é aquele em que se individualizam e se confrontam os vários interesses concorrentes. Um interesse é reconhecido como interesse público quando é assim qualificado pela lei ou pelo direito, que é exatamente o que se faz no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa.

As políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio da discricionariedade, na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política seria propício a explicitar e

¹⁷ Diz Vianna (1999, p. 9-10) que: "Mudara, sobretudo, a circunstância, fruto de uma alteração na rota do processo de transição à democracia, quando a sua direção escapou das mãos de personalidades, partidos e grupos sociais comprometidos com os valores da tradição republicana brasileira, passando ao controle de lideranças que, em nome de ajustar o país às exigências da chamada globalização, entronizam o mercado como instância determinante da vida social. A primeira e mais óbvia repercussão desse ajuste foi o desalinhamento do projeto e das ações governamentais em relação ao texto constitucional recém-aprovado. Inevitável, portanto, a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro, entre a filosofia política da Carta de 1988 e a agenda neoliberal".

¹⁸ A propósito disso, sugere-se consulta à Constituição dos Estados Unidos de 1787 e à Constituição Francesa de 1791.

documentar os pressupostos da atividade administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos (Bucci, 2002, p. 265). Como visto, na elaboração da lista de medicamentos, uma série de fatores são levados em conta a sua elaboração, motivando as escolhas realizadas pelo agente público, as quais se pressupõem a conformidade com a Constituição Federal.

Assim, o Judiciário não deve invadir a área de atuação do Poder Executivo. Deve, por outro lado, corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais, como também promover ou corrigir ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais (Figueiredo, 2007, p. 27-66). Entretanto, podem-se observar, neste caso, dois momentos distintos de controle jurisdicional: controle na elaboração e controle na execução da política pública de fornecimento gratuito de medicamentos.

No tocante ao controle na elaboração, este deverá ser mais restrito, por se tratar exatamente do espaço de discricionariedade da Administração Pública, para conformar políticas adequadas constitucionalmente, com base em toda a estruturação para a escolha de determinado medicamento ou tratamento. O controle na elaboração, pelo seu caráter político, é um controle de exceção, só cabendo em caso de inconstitucionalidade flagrante na elaboração das políticas públicas (o que inclui eventual desvio de poder). Cumpre salientar que a ideia de discricionariedade¹⁹ da Administração Pública não implica ficar à disposição do agente público – o que poderia ser chamado de arbitrariedade. Discricionariedade administrativa é sempre uma escolha adequada à Constituição.

Diferentemente, o controle na execução é mais amplo pelo seu caráter jurídico. Destarte, caberá ao Poder Judiciário intervir no caso de não cumprimento da lista de medicamentos (e tratamentos) estipulados pelo Poder Público e de verificar se um novo tratamento (medicamento) é comprovadamente mais eficiente, permitindo inseri-lo na lista em razão da tutela coletiva. Enquanto aquele controle pretende acompanhar a elaboração conforme a Constituição, este presume a constitucionalidade e exige o estipulado pelo Executivo ou mesmo acresce àquilo que o Executivo definiu.

O Judiciário está autorizado a intervir, quando o Poder Público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art.

198, § 2º, da CF. O foro mais adequado para discutir a inclusão ou exclusão de algum medicamento é por via das ações coletivas, com legitimados ativos representativos e que permitem um amplo debate a respeito das prioridades, as quais são estabelecidas tendo em vista as determinações da Organização Mundial da Saúde, levando em conta as peculiaridades de cada país, implementadas pelo Ministério respectivo, após debate junto ao Congresso Nacional. Atinente aos medicamentos em experimentação, que não têm a sua eficácia comprovada, não podem ser objeto de inclusão na lista pelo Poder Judiciário. Deve-se, ainda, optar pelo genérico de menor custo, quando houver esta possibilidade.

Nos casos de demanda individual, compreende-se a agonia do cidadão que requer o remédio, da família que passa por uma situação difícil e do magistrado que, muitas vezes, se encontra em uma decisão entre a vida e a morte, eminentemente, mas se trava um embate entre as deliberações públicas e privadas e as situações de risco em curto e médio prazo. Por exemplo, às vezes se gasta mais na parte curativa do que preventiva. Vejam-se os números que são investidos em saneamento básico e construção de redes potável, comparativamente à saúde²⁰ (Barroso, 2008). Os primeiros são muito tímidos, se comparados aos segundos. A ausência de investimento em saneamento básico é um foco para disseminar doenças, posteriormente. Então, na premência do momento, descuida-se de uma perspectiva de futuro. Deste modo, a concessão dos medicamentos não deve se pautar por uma abordagem individual dos problemas sociais, mas pela busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e benefícios, desde o prisma das políticas públicas. Aí se pode estabelecer mais uma reflexão a partir do pensamento de Arendt (2002, p. 31-88), quando trata da dicotomia público e privado.

As atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos. O termo público denota dois fenômenos intimamente correlatos, mas não perfeitamente idênticos. Isso significa, em primeiro lugar, que tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível. Torna-se aparente, constituindo-se na realidade, aquilo que é visualizado e ouvido pelos outros e nós mesmos. Por segundo, público significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele. Se o mundo deve conter um es-

¹⁹ “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo dos poderes populares, não há liberdade absoluta nesse domínio, quer do legislador, quer do Executivo. Se tais poderes agirem de modo irrazoável ou procurarem neutralizar direitos sociais, com inércia ou abusivamente, afetando a existência digna, cumpre ao Judiciário corrigir tais condutas” (Figueiredo, 2007, p. 66).

²⁰ No Estado do Rio de Janeiro foram gastos com os programas de assistência farmacêutica R\$ 240.621.568,00, enquanto com o saneamento básico foram investidos R\$ 102.960.276,00. Comparando-se as duas quantias, o gasto com saneamento é menos da metade (Barroso, 2008).

paço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos: deve transcender a vida de homens mortais.

O Brasil, portanto, remanesce com a espinha de Estado (social) Democrático de Direito, em que pese às reformas liberalizantes, não podendo ser obscurecido o caráter compromissório da Constituição de 1988. Desta forma, é essencial o controle pelo Poder Judiciário, porém este controle deve ter uma pauta como limites, sob pena de violar a separação (harmônica) entre as diferentes funções (ao invés de poderes), brotando com o Judiciário um verdadeiro poder que se sobrepõe aos outros. É preciso controle, mas com parâmetros.

Considerações finais

Na perspectiva de novos temas referentes à administração, o controle judicial das políticas públicas é o tema pautado neste terceiro milênio, coincidindo com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, que é fruto da mudança de paradigma: a busca de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, pretende-se contribuir ao debate, a fim de traçar os limites e possibilidades de atuação judicial, no tocante às políticas públicas, e construir um horizonte, com perspectiva favorável, para milhares de brasileiros que necessitam da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

No final do século XX, produziram-se importantes mudanças no âmbito econômico, social e cultural, devido à revolução tecnológica, à globalização, à circulação rápida da informação e das comunicações, aos processos de integração econômica e política, ao término da guerra fria, à dissolução da URSS, à queda do muro de Berlim e ao ataque de movimentos fundamentalistas. Todos estes fatores contribuíram para uma mudança no direito administrativo que até então havia se construído com o aporte iluminista e se estruturado a partir do princípio da legalidade. Com a mudança do aspecto territorial, como um dos elementos do Estado, devido à globalização, um novo contexto de Estado vem se definindo, conferindo ao direito administrativo um novo horizonte como a efetividade das garantias dos cidadãos, que fazem superar a concepção tradicional de busca de equilíbrio das prerrogativas da administração e as garantias dos cidadãos, para almejar o cumprimento do preceituado pela Constituição por parte dos Poderes Públicos, em especial, no que diz respeito aos direitos fundamentais.

O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente a partir dos objetivos da administração, e foi substituído

pelo interesse coletivo, aberto à participação popular. Percebe-se que o direito à saúde está sendo construído, por meio das políticas públicas de implementação de tratamentos e de medicamentos ditos essenciais, constituindo-se o Poder Judiciário um instrumento de realização dos direitos dos cidadãos, desde que se apliquem critérios adequados com os preceitos da Constituição, deixando-se o casuísmo e o subjetivismo, nesta seara. Outro importante aspecto a ser considerado é a atenção dos direitos sociais aos dispositivos orçamentários. Os vinte últimos anos de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram esta busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para adequar-se às transformações e mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal, considerando, especialmente, o direito à saúde no Brasil. Somente assim, poderemos acenar com a construção de um país com população mais saudável nas próximas gerações.

Como se pode observar, a *equação* – e não se quer com esta expressão, simplesmente, tornar a realização de políticas públicas um mero cálculo – é mais complexa do que o simples deferimento pelo Poder Judiciário de demandas, intentando o fornecimento gratuito de medicamentos. Programar políticas públicas de saúde em *terrae brasilis* não é tão simples; os recursos são escassos e, muitas vezes, não resta alternativa ao Administrador Público, a não ser negar o medicamento demandado.

O gasto com saúde pública no Brasil representa cerca de 1,7% do Produto Interno Bruto, proporção irrisória dado os imensos problemas na saúde, como a falta de leitos ou mesmo a disponibilização de medicamentos por parte de todos os entes federados. Ao cidadão resta buscar por meio do Judiciário o deferimento de um medicamento, o qual, por sua vez, defere com base no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Fazendo isso, o Judiciário atende uma tendência em países de democracia incipiente – é imprópria a expressão redemocratização, pois, no Brasil, nunca tivemos democracia antes de 1988 – de ser o responsável pela aplicação de direitos fundamentais, fruto de uma Constituição dirigente. Porém, no tocante ao fornecimento de medicamentos, a equação é mais complexa, pois, como dito, os recursos para a saúde são escassos e se nota um expressivo crescimento de demandas individuais pedindo o fornecimento de medicamentos.

A título de ilustração, nos últimos três anos, o gasto com fornecimento de medicamentos com base em demandas individuais cresceu 123%, o que repre-

sentam um expressivo aumento no gasto da saúde com medicamentos. Não se quer de forma alguma tolher o acesso a medicamentos, pela via judicial; a Administração Pública, entretanto, na elaboração da lista de medicamentos para fornecimento gratuito, a faz de forma motivada. Isto significa dizer que a lista não é feita ao acaso, mas considerando as necessidades básicas (e excepcionais) dos brasileiros, em todo o território. Ao deferir a demanda individual, o Poder Judiciário, além de invadir a esfera do Poder Executivo, não sabe se aquele medicamento (ou tratamento) é realmente efetivo para aquele paciente ou se vai surtir o resultado esperado.

A partir disso se entende a priorização da tutela coletiva de direitos, para o caso de um medicamento que esteja fora da lista ou de um tratamento novo, ainda não presente nas listas do Poder Público. A discussão coletiva obrigará um exame no contexto geral das políticas públicas de saúde, e os legitimados terão melhores condições de trazer elementos aos autos. Na litigação individual, o Juiz perde de vista as necessidades relevantes e as imposições orçamentárias (que serão examinadas na esfera coletiva). Além disso, é claro, está a decisão, na ação coletiva, de produzir efeitos para todos. A tutela individual será eficiente para aqueles casos em que o Poder Executivo negar o fornecimento gratuito de medicamento presente na lista.

Ao final, estabeleceram-se os parâmetros de controle das políticas públicas de fornecimento de medicamento, a partir de uma constituição de sentido para políticas públicas no Estado Democrático de Direito. Observou-se que, no tocante ao controle da elaboração de políticas públicas, o âmbito de intervenção do Judiciário é mais restrito (espaço de discricionariedade da Administração Pública), enquanto, no controle de execução de políticas públicas, seria mais amplo.

Em linhas gerais, portanto, estabeleceram-se parâmetros ao controle judicial de políticas públicas, com perspectiva para a superação dos obstáculos postos ao Poder Judiciário, o qual se tornou o foro para o debate acerca da concretização de políticas públicas. Demonstrou-se, também, neste artigo, a complexidade da elaboração de políticas públicas de fornecimento gratuito de medicamentos em países periféricos como o Brasil.

Referências

- ALLI ARANGUREN, J.-C. 2004. *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid, Thomson Arandazi, 393 p.
- ALTHUSSER, L. [s.d.]. *Montesquieu – A política e a história*. 2ª ed., Lisboa, Editorial Presença, 163 p.
- ARENDT, H. 2002. *A Condição Humana*. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 352 p.
- ARENDT, H. 1998. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid, Taurus, 618 p.
- ARRUDA JÚNIOR, E.L. de. 1997. *Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro, Luam.
- BARROSO, L.R. 2008. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>, acessado em: 08/11/2008.
- BARROS, M.A. de F. 2008. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 238 p.
- BILBAO UBILLOS, J.M. 1997. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid, CEC, 852 p.
- BRASIL. 2007a. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3073/RN. Min. Ellen Gracie. Julgado em 09/02/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=32&dataPublicacaoDj=14/02/2007&numProcesso=3073&siglaClasse=SS&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=10&codMateria=7>, acessado em: 30/10/2008.
- BRASIL. 2007b. Ministério da Saúde. Indicadores e Dados Básicos do Brasil (1995-2006). Disponível em: http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2007/e07_2000.htm, acessado em: 02/05/2010.
- BRASIL. 2008. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.ministeriodasaude.gov.br>, acessado em: 20/08/2008.
- BRASIL. 2006. Banco Central do Brasil. Indicadores Econômicos. Produto Interno Bruto. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?INDECO>, acessado em: 02/11/2008.
- BUCCI, M.P.D. 2002. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo, Saraiva, 298 p.
- BUCCI, M.P.D. 2006. O conceito de política pública em direito. In: M.P.D. BUCCI, *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, p. 1-47.
- CADERMATORI, S. 2006. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª ed., Campinas, Millennium, 249 p.
- CAMARGO, R.A.L. 2008. “Custos dos Direitos” e Reforma do Estado. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 310 p.
- CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA V. 1991. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra Ed., 310 p.
- DROMI, R. 2005. *Modernización del Control Público*. Madrid, Hispana Libros, 162 p.
- FIGUEIREDO, M. 2007. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. *Revista Interesse Público*, 44:27-66.
- GARCÍA-PELAYO, M. 1996. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid, Alianza Editorial, 211 p.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. 2000. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York, W.W. Norton, 256 p.
- LAUBADÈRE, A. 1995. *Manuel de Droit Administratif*. 15ª ed., Paris, L.G.D.J.
- LOBATO, A.O.C. 2001. Política, Constituição e Justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Revista de Sociologia e Política*, 17:45-52. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782001000200005&script=sci_arttext&tlng=en, acessado em: 21/05/2010. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782001000200005>
- MAURER, H. 2007. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre, Fabris, 168 p.
- MIR PUIGELAT. 2004. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*. Madrid, Civitas, 285 p.
- MONTESQUIEU, C.L. de S. 1979. *Do espírito das leis*. 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 539 p.
- MOREIRA NETO, D. de F. 2008. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte, Fórum, 161 p.
- MOREIRA NETO, D. de F. 2006. Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*, 4:403-412.

- SANTOS, B. de S. 2006. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo, Cortez, 348 p.
- SANTOS, B. de S. 2007. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo, Cortez, 120 p.
- SARLET, I.W. (org.). 2010. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: I.W. SARLET et al., *Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 13-50.
- SIGMANN, J. 1985. *1848 - Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. 3ª ed., Madrid, Siglo Veintiuno Editorial, 305 p.
- STRECK, L.L. 2008a. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 8ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 388 p.
- STRECK, L.L. 2008b. Decisionismo e discricionariedade em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. In: J.A. NUNES; J.N. de M. COUTINHO, *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito*. Coimbra, Almedina, p. 91-116.
- VIANNA, L.W. 1999. *A judicialização da política e as relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 272 p.
- WALINE, M. 1952. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 6ª ed., Paris, Recueil Sirey.