



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade dos Entes Públicos no Fornecimento de Medicamentos e o Princípio da Reserva do Possível

Cláudia Rodrigues Ribeiro

Rio de Janeiro

2013

CLÁUDIA RODRIGUES RIBEIRO

A Responsabilidade dos Entes Públicos no Fornecimento de Medicamentos e o Princípio da Reserva do Possível

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2013

A RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Cláudia Rodrigues Ribeiro

Graduada pela Escola de Ciências Jurídicas do Centro Universitário da Cidade. Advogada. Pós-graduanda em Direito Imobiliário pela Universidade Veiga de Almeida.

Resumo: Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde ganhou status de direito fundamental como dever do Estado a ser prestado à coletividade. Nesse contexto, cabe ao Estado proporcionar completo bem-estar físico à população, o que consiste não só no tratamento de doenças, mas também em sua prevenção. O objetivo do presente trabalho é confrontar a responsabilidade dos entes públicos no fornecimento de medicamentos com a aplicação do Princípio da Reserva do Possível como limitador à efetividade dos direitos fundamentais e sociais e a atuação do Poder Judiciário diante desse quadro.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Medicamentos. Saúde. Responsabilidade dos Entes Públicos. Solidariedade. Reserva do Possível.

Sumário: Introdução. 1. O Direito à vida e à saúde. 2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Reserva do Possível. 3. Responsabilidade dos Entes Públicos na saúde. 4. O Poder Judiciário e a negativa de fornecimento de medicamentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho tem como enfoque a colisão entre a responsabilidade do Estado, nos três níveis de governo, no fornecimento de medicamentos e a reserva do possível, ponderando sobre os princípios e direitos fundamentais envolvidos.

Para tanto, discorre sobre a introdução da saúde no âmbito dos direitos fundamentais com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 196 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, fazendo uma análise sobre a obrigação atribuída aos entes públicos e a real possibilidade dessa prestação.

Um dos objetivos do estudo é comprovar que os direitos fundamentais podem sofrer ponderações quando colidirem com outros direitos fundamentais ou com direitos constitucionais, mormente quando confrontar direito individual x coletivo.

No primeiro capítulo far-se-á um breve histórico da introdução do direito à vida e à saúde no rol de direitos fundamentais previstos na Carta Magna, bem como, seus pressupostos.

O segundo capítulo trará os princípios o confronto entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana com o Princípio da Reserva do Possível, cujo tema é o cerne do presente trabalho, ponderando sobre a possibilidade de considerar a invocação deste princípio como violação pelo Estado do dever constitucional pertinente à efetivação do direito à saúde.

O capítulo seguinte tratará dos limites da responsabilidade dos entes públicos no que concerne ao fornecimento de medicamentos, já que o fornecimento de medicamentos de forma solidária entre os entes públicos já se tornou pacificado na doutrina e jurisprudência, porém ainda há grande embate para aplicação no caso concreto, mormente quando os medicamentos são de alto custo ou experimentais, o que culminou com a chamada “judicialização do direito à saúde”.

O quarto e último capítulo abordará o reflexo das decisões judiciais diante do caso concreto, graduando se a judicialização do direito à saúde representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania, por meio do Poder Judiciário, ou fere o princípio da separação dos poderes.

Feitos esses breves apontamentos, adentrar-se-á, agora, no tema objeto desse estudo.

1. O DIREITO À VIDA E À SAÚDE

A Constituição da República de 1988 traz no *caput* do art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, entre outros, a inviolabilidade do direito à vida. Tal direito não se

restringe ao nascimento com vida, haja vista a proteção aos direitos do nascituro, em que pesem as controvérsias acerca do momento inicial da vida humana.

O direito à vida serve como primórdio da existência e exercício dos demais direitos, já que sem este nenhum outro direito pode ser fruído, motivo pelo qual a Constituição Federal atribuiu como dever do Estado garantir de forma igualitária aos indivíduos, não só o direito de permanecer vivo, mas também, assegurar uma subsistência digna.

Os direitos fundamentais, ou seja, aqueles relacionados às pessoas surgiram como forma de restrição da atuação estatal em prol de uma maior liberdade individual, ante a impossibilidade de existir Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, bem como, não ser possível haver direitos fundamentais sem democracia.

Os destinatários dos direitos fundamentais na atual Constituição da República são as pessoas naturais e jurídicas, bem como as pessoas estatais que hodiernamente passaram a ser consideradas titulares de determinados direitos fundamentais.

De acordo com o momento do surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais, os direitos fundamentais são classificados em gerações ou dimensões, estando o direito à vida elencado no rol de direitos de primeira geração e o direito à saúde no de segunda geração. As demais gerações não será tratadas no presente trabalho.

Os direitos de primeira geração, surgidos no final do Século XVIII, enfatizam o princípio da liberdade, impondo ao Estado um dever de abstenção, de não interferência no espaço de cada indivíduo, como forma de defesa das liberdades individuais, obstando a ingerência abusiva do Poder Público na esfera privada.

São classificados como direitos civis e políticos, que conglomeram os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à intimidade, à participação política e religiosa, a inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião, entre outros.

Na ordem histórica cronológica segundo a qual os direitos fundamentais foram estabelecidos nas Constituições, tem-se o direito à vida como um dos principais direitos dos indivíduos a ser garantido e protegido pelo Estado.

Entretanto, os direitos de primeira geração, também conhecidos como direitos negativos, já que limitavam a intervenção estatal na vida privada individual, não foram eficazes para garantir a harmonia na vida em sociedade o que motivou o surgimento dos direitos de segunda geração.

Os direitos de segunda geração surgiram no século XX, impulsionados pelos movimentos sociais do século XIX, tendo como marco a transição do Estado Liberal, que era extremamente individualista, para o Estado Social, cujo cerne era a proporcionar o bem estar da coletividade.

Em sentido contrário a limitação imposta pelos direitos de primeira geração que engessavam a atuação estatal, com os graves problemas sociais e econômicos surgidos na época, fez-se necessária a intervenção do Estado para atuar de forma positiva a fim de propiciar maior bem estar da sociedade.

São classificados como direitos econômicos, sociais e culturais, que englobam o direito à saúde, assistência social, educação, trabalho, habitação, previdência social, entre outros, impondo ao Estado a implementação de políticas e serviços públicos, com a finalidade de diminuir os problemas sociais.

Os direitos sociais correspondem às liberdades positivas, cujo objetivo principal é a melhoria na qualidade de vida dos hipossuficientes, trazendo a igualdade entre os indivíduos.

Sem olvidar que, o direito à saúde tem como diretriz o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no art. 1º, III da CRFB/88, tendo em vista que seria impossível levar uma vida digna sem a garantia mínima de direitos à saúde e à vida.

Assim, para que seja efetivamente assegurado o direito vital do ser humano, de forma plena, impõe-se que seja garantido o direito à saúde, de forma a proporcionar completo bem estar físico à população, o que consiste não só no tratamento de doenças, mas também em sua prevenção, além de ser um direito social, conforme previsto no art.6º da CRFB/88.

Por conta disso, a Constituição da República de 1988 inovou ao inserir no Título VIII Da Ordem Social o direito à saúde, elevando-o ao status de direito fundamental como dever jurídico do Estado a ser prestado à coletividade, positivando tal direito no art. 196 do mencionado diploma legal, como direito de todos e dever do Estado que deverá garantir, mediante políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

A fim de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde, na forma do art. 198 da CRFB/88, foi criado o SUS (Sistema Único de Saúde), regulado pela Lei n. 8.080, de 19 set. 1990, complementada pela Lei n.8142 de 28 de dez 1990.

O Sistema Único de Saúde (SUS) constitui o meio pelo qual o Estado executa as ações e serviços públicos de saúde, tendo os princípios insculpidos no art.7º da Lei n. 8.080, de 19 set. 1990:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacitação de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Constata-se que a integralidade da assistência, prevista no inciso II como princípio do SUS, abrange o fornecimento de medicamentos, em todos os níveis de gravidade da doença, ou seja, de forma básica e preventiva, ou até mesmo nos casos de média e maior complexidade.

Verifica-se ainda que, a assistência à saúde deve ser feita de forma universal e igualitária, sem que haja distinção, preconceitos ou privilégios entre os assistidos. No entanto, não é o que ocorre na prática, já que é corriqueira a notícia de falta de medicamentos ou ausência de previsão na lista de medicamentos dispensados pelo SUS.

O fornecimento de medicamentos pelo SUS tem sua previsão expressa no art. 6º, I, “d” da Lei n. 8.080, de 19 set. 1990, que prevê como incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, não deixando dúvidas acerca da responsabilidade estatal no provimento dos fármacos e insumos terapêuticos indispensáveis à vida humana.

Convém ressaltar que, não é suficiente o fornecimento de determinado medicamento de forma isolada àquele necessitado, mas deve ser assegurado o tratamento necessário para disseminação ou estabilização da doença, a fim de garantir o efetivo direito à saúde e à vida ao indivíduo.

Com a tutela do direito à saúde, consagra-se a teoria do “mínimo existencial de dignidade humana”, que consiste no conjunto de situações indispensáveis à subsistência digna da pessoa humana, não somente sob o aspecto físico, mas também, intelectual e psicológico.

Nessa esteira de raciocínio, não basta que a prestação positiva do Estado ocorra de forma isolada, incompleta. É impositivo que a assistência estatal seja integral e eficaz, sob pena de violação ao direito constitucional subjetivo do particular.

Para tanto, as três esferas da Administração Pública devem criar políticas públicas capazes de assegurar os direitos fundamentais elencados no rol de cláusulas pétreas, na forma do art. 60, §4º da CRFB/88.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Os princípios funcionam como disposições norteadoras para as normas jurídicas, servindo de critério para interpretação da intenção do legislador.

A dignidade da pessoa humana foi tratada pelo legislador constituinte como princípio fundamental da República, no art. 1º, III da CRFB, impondo uma série de condutas positivas e negativas ao Estado, a fim de preservar e proteger a pessoa humana em prol de uma existência digna.

Por ser um conceito amplo, a definição de dignidade humana não se reveste de concreta precisão, havendo melhor compreensão a exemplificação do que não se enquadra como dignidade da pessoa humana.

Segundo Paulo Bonavides¹, a dignidade da pessoa humana é uma universalidade intrínseca à pessoa humana:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de

¹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.516.

universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Esse princípio, como fundamento do Estado Democrático de Direito, serve de vetor para outros direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna, porquanto valoriza o ser humano na sua essência, visando resguardar a integridade física e moral do indivíduo, ainda que seja com a garantia do mínimo existencial para uma vida saudável.

Partindo dessa premissa, cumpre ao Estado possibilitar aos indivíduos o acesso a saúde, educação, moradia, lazer, trabalho, entre outros tantos deveres positivos, devendo, no entanto, atuar de forma a evitar agressões à esfera pessoal do ser humano e impedir a degradação da espécie humana.

O ponto nodal do presente estudo diz respeito à observância do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito da saúde, concernente ao direito à vida de forma digna, contrapondo ao princípio da reserva do possível invocado pelo Estado para justificar a recusa na prestação de medicamentos àqueles que deles necessita.

Além de consagrar a dignidade humana como princípio fundamental, o legislador constituinte inseriu no rol de garantias fundamentais o direito à vida (art.5º, *caput*, da CRFB/88), bem como, reservou um capítulo para tratar exclusivamente do direito à saúde, dada a importância do direito a ser tutelado (art. 196 a 200 da CRFB/88).

Dessarte, o art. 196 da Constituição da República assim prevê:

Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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.* (grifo nosso).²

Nessa esteira de raciocínio, os art. 2º e 7º, I e II, da Lei n. 8080/90 que trata do Sistema Único de Saúde, dispõe, respectivamente: “Art. 2º: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

²Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 mar. 2013.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I- universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
II- integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Apesar disso, é corriqueiro que ao ser instado a cumprir com os deveres positivos de acesso integral à saúde, o Estado invoque o princípio da reserva do possível para justificar uma possível recusa.

Também conhecido como o Princípio da Reserva de Consistência, o Princípio da Reserva do Possível, de origem germânica, consiste na limitação do Estado na prestação de determinados benefícios aos indivíduos, de acordo com suas condições socioeconômicas e estruturais.

Dessa feita, os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana e o mínimo existencial à sua sobrevivência ficariam a cargo da discricionariedade do ente público para avaliar se é ou não possível cumprir o dever imposto pela Carta Magna.

Em suma, a reserva do possível baseia-se na existência de previsão orçamentária ou recursos públicos disponíveis para efetivar os direitos fundamentais da sociedade.

No entanto, usualmente o Estado afirma que não há disponibilidade dos recursos, porém não faz prova do alegado. Nesse diapasão, importa destacar o voto do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, na STA 278/AL³: “O Estado de Alagoas, apesar de alegar grave lesão à economia estadual, não comprova a ocorrência da lesão, limitando-se a sustentar que o Município de Maceió é que deveria ser responsabilizado pelo fornecimento”.

Nesse contexto, não se admite a simples alegação de falta de previsão orçamentária para limitar o direito dos indivíduos ao acesso à saúde, mormente porque, na maioria das

³Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641028> > Acesso em 20 mar.2013.

vezes os medicamentos requeridos têm alto custo e não podem ser suportados pelo enfermo e seus familiares.

Em contrapartida, o interesse coletivo deve preponderar sobre o interesse particular, o que dificulta uma solução adequada à realidade fática com base nos ditames constitucionais, ponderação de interesses e possibilidade na execução da decisão.

A título de reflexão tem-se de um lado um cidadão com risco de morte caso não seja fornecido o medicamento indispensável à manutenção de sua vida e de outro, o Estado que alega não ter recursos suficientes para arcar com o tratamento almejado, sem prejuízo de todo o restante da coletividade. O que deve prevalecer: a vida de uma pessoa ou o bem estar da coletividade?

Não obstante as dificuldades relacionadas ao tema, não é suficiente que o ente público alegue que não possui condições de cumprir com a obrigação para que seja eximido da responsabilidade.

Importa que, haja prova robusta de que tutelar aquele direito individual, repita-se, legitimado na Constituição da República, causará prejuízos para o restante da sociedade e, conseqüentemente, atingindo uma infinidade de direitos fundamentais igualmente tutelados.

Paralelamente à invocação do princípio da reserva do possível não raro é a alegação do princípio da Separação dos Poderes para afastar a análise do Poder Judiciário nas questões que envolvam políticas públicas.

Entretanto, é passível de controle do Poder Judiciário os atos eivados de ilegalidade, sem invasão de outras esferas de poder.

Luis Roberto Barroso⁴ defende que a atuação do Poder Judiciário, na busca da efetivação dos direitos fundamentais, pode gerar consequências avassaladoras aos cofres públicos e desequilíbrio nas prestações estatais, em razão dos riscos dos efeitos sistêmicos,

⁴ Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 22 ago 2013.

principalmente quando é deferida a penhora *on line* nas contas do Estado para garantir o cumprimento da determinação judicial, porque .

Todavia, tal medida se faz necessária para que seja preservada a vida do paciente e efetivamente prestada a tutela jurisdicional, sob pena de o cidadão desacreditar no Poder Judiciário, já que a decisão não é cumprida, e até mesmo no Estado, porque as garantias constitucionais não são executadas.

No capítulo destinado ao Poder-Dever de Agir do Estado, José dos Santos Carvalho Filho⁵ leciona acerca da reserva do possível:

Incide aqui o que a moderna doutrina denomina reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível.

O entendimento do doutrinador está em sintonia com o posicionamento atual dos Tribunais Superiores que defendem o ônus da prova do ente estatal acerca da escusa em cumprir a ordem judicial e a própria Constituição da República.

Nesse sentido, convém destacar mais um voto do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, na STA 175-AgR/CE⁶, acerca do tema:

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde. Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, sobretudo, Senhor Presidente, o magnífico voto proferido por Vossa Excelência, nego provimento ao recurso de agravo interposto pela União Federal.

⁵ CARVALHO FILHO, J.S. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.42-43.

⁶ Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2013

A admissão do princípio da reserva do possível pela jurisprudência somente é cabível quando houver prova inequívoca da indisponibilidade de verbas para custear o tratamento ou medicamento, não sendo suficiente mera alegação de impossibilidade da prestação, nem tampouco a ineficiência na administração tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado e a intervenção do Poder Judiciário.

3. RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NA SAÚDE

Ao consagrar no art. 196 da CRFB/88 o direito de todos à saúde, o legislador constituinte previu esse dever ao Estado, estipulando que tal ocorresse por meio de políticas sociais e econômicas, preventivas (a fim de evitar doenças) e repressivas (com fito de reduzir o risco de doenças), bem como, garantir acesso universal e igualitário aos serviços, como prerrogativa constitucional indisponível.

De igual forma, o art. 2º da Lei n. 8.080/90 que instituiu o Sistema Único de Saúde, atribui ao Estado prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde de cada indivíduo.

Note-se que, o conceito de Estado previsto nos dispositivos epígrafados é em sentido amplo, abrangendo todos os entes da Federação de forma unitária, conforme prevê expressamente o art. 4º e §§1º e 2º da Lei n. 8.080/90 ao conceituar o Sistema Único de Saúde (SUS):

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).
§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.
§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Nesse sentido, todas as instituições públicas das esferas federais, estaduais e municipais estão obrigadas a cumprir o dever do Estado de prover a saúde de forma gratuita, surgindo a solidariedade entre os entes federativos.

Corroborando com a conclusão esposada tem-se a previsão do art. 23, II da CRFB/88 que fixa a competência comum dos entes federativos em matéria de direito à saúde, conforme transcrito: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

Ademais, o art. 265 e seguintes do Código Civil de 2002, prevêm que a solidariedade não se presume, mas resulta de lei ou da vontade das partes, sendo facultado ao credor da obrigação exigir o cumprimento de qualquer um dos devedores solidários.

Comentando o art. 275 do Código Civil de 2002 que trata da solidariedade passiva, o autor Gustavo Tepedino⁷ esclarece:

A solidariedade passiva é instituída no interesse do credor, constituindo-se em fator da garantia e segurança e, concorrendo para a “expansão do crédito” (...). As hipóteses de solidariedade legal têm por fim reforçar a posição do credor e ampliar as possibilidades de solução da obrigação, como ocorre na responsabilidade por ato ilícito e como se observa também de forma clara na legislação de proteção ao consumidor que, ao adotar a solidariedade dos fornecedores como regra em todos os casos de responsabilidade por fato e vício do produto ou do serviço (CDC, art. 7º, par. ún.) buscou tornar mais efetiva a tutela desses direitos. [...]

Das lições de Bonavides⁸, ao questionar se a Carta Magna de 1988 é uma Constituição do Estado Social, impõe-se concluir que o exercício dos direitos assegurados constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro nos conceitos previstos nesse ordenamento:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A

⁷ TEPEDINO, G; BARBOZA, H.H; MORAES, M.C.B. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2.ed . revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 557/558.

⁸ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed .São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.336.

primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.

A par de tais considerações há quem defenda não ser possível interpretar o direito à saúde contido no art.196 da CRFB/88 como norma programática, mas auto-aplicável⁹, em razão de existir uma obrigação atribuída diretamente ao Estado em prestar o serviço de saúde à sociedade, cuja omissão faculta ao indivíduo lesado em seu direito exigir o cumprimento, seja administrativa ou judicialmente.

Contudo, convém trazer à baila o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁰, no bojo do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 550.530 do Paraná, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 26 de junho de 2012, que ventilava sobre o direito de pessoa carente de recursos financeiros ao acesso a tratamento médico indispensável à preservação de sua saúde, o qual desproveu o recurso da Municipalidade:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do estado e do município providenciá-lo. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

O entendimento daquela Corte é no sentido de que se trata de norma programática, ou seja, possui capacidade de produzir efeitos, porém necessita de lei regulamentadora para sua eficácia. No entanto, os Tribunais de Justiça dos Estados defendem que, apesar de programática, a aplicação é imediata.

⁹"TRATAMENTO MÉDICO. HIPOSSUFICIÊNCIA DEVER DO ESTADO E MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE. 1- Incumbe ao Estado e ao Município, solidariamente, garantirem tratamento médico e os medicamentos necessários àqueles hipossuficientes. 2- Obrigação constitucional que não cede ante a alegação de que o art 196 da Carta Magna é mera norma programática. Ao contrário, a norma é auto-aplicável. 3- Desinfluyente a alegação de falta de recursos orçamentários. Os Apelantes têm o dever de promover políticas públicas, com verbas orçamentárias próprias, destinadas a garantir a saúde dos cidadãos carentes, que por força desta condição não dispõem de recursos para a aquisição dos medicamentos. 3- Jurisprudência pacificada neste sentido. 4- Multa cominatória que se reduz por considerá-la excessiva. Recurso do Estado improvido e do Município provido, parcialmente, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator. (APELAÇÃO CÍVEL - 2003.001.17324 - Órgão Julgador: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgado em 30/9/2003)". Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/7648/direito-a-saude-como-direito-de-cidadania#ixzz2PSod0evi>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

¹⁰ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 01 abr. 2013.

Apesar disso, frequentemente, A União, os Estados e os Municípios invocam sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda que busca a obrigação no fornecimento de medicamentos ou tratamento médico, sob o fundamento de ausência de previsão normativa que preveja a responsabilidade solidária dos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS).

Outro argumento corriqueiro é pela legitimidade passiva do ente federativo responsável pela dispensação do medicamento¹¹, ou, que o fármaco pleiteado é de alto custo, não consta na relação de medicamentos do SUS ou não tem sua eficácia comprovada.

Aduzem ainda haver grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas pugnando pela não interferência do Poder Judiciário nas decisões da Administração Pública em razão do Princípio da Separação dos Poderes.

No Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria Estadual de Saúde¹² impõe os seguintes critérios para fornecimento dos medicamentos no programa de Dispensação Excepcional de Medicamentos:

- doença rara ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado; e
- doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que:
- haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade, ou
- o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.

Todavia, tais argumentos têm sido rechaçados pelos Tribunais, em consonância com o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE que será apreciada minuciosamente no próximo capítulo.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. STA 175/CE: [...] só deve figurar no pólo passivo da ação principal o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que causa grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto implicará: deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador. [...]. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2013.

¹² Disponível em: < <http://www.rj.gov.br/web/ses/exibeconteudo?article-id=165724>>. Acesso em 01 abr. 2013.

4. O PODER JUDICIÁRIO E A NEGATIVA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Da digressão anterior permite-se afirmar que o direito à saúde representa prerrogativa indisponível assegurada a todas as pessoas pela própria Constituição da República, sendo competência dos entes federativos no que tange à responsabilidade solidária para cuidar da saúde e assistência pública da população, conforme preceitua de forma inequívoca o art. 23, II e 196 da CF.

A responsabilidade do Estado, quanto ao fornecimento da medicação, está disposta nos arts. 6o, I, letra "d", e art. 7o, II, da Lei 8.080 de 19.09.90, esta editada em atendimento ao comando dos arts. 196 e segs. da Constituição Federal, que repassou para os Municípios a direção e organização do sistema de saúde, através do denominado SUS (Sistema Único de Saúde), o que foi feito pelo art. 9o, III, da Lei 8.080/90.

No caso de inadimplemento da norma constitucional, surge a faculdade de o prejudicado buscar a tutela jurisdicional a fim de assegurar o cumprimento do direito fundamental, mormente porque é a vida de um ser humano que está em pauta, portanto, não há que se criar obstáculos, que só fazem aumentar a angústia do paciente, mas agir de forma rápida e eficaz para salvaguardá-lo.

As constantes escusas efetuadas pelos entes federativos no fornecimento dos medicamentos ou tratamentos indispensáveis à manutenção da vida dos indivíduos têm abarrotado o Judiciário com ações de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, até mesmo porque, em muitos casos o tempo é o maior inimigo do paciente e os obstáculos e burocracias impostas pelo Estado podem levar ao óbito do requerente, confrontando com a proteção máxima constitucional: a vida.

Vasta é a jurisprudência no sentido da solidariedade dos entes federativos no fornecimento dos fármacos ou tratamentos prescritos pelo médico assistente, porém a tese

defensiva estatal é sempre no intuito de afastar a solidariedade e invocar a ilegitimidade passiva.

O Estado e o Município do Rio de Janeiro editaram o Decreto n. 5392/05 com o fito de dividir as responsabilidades no fornecimento de medicamentos listados, ficando a cargo do Estado do Rio de Janeiro a dispensação dos medicamentos excepcionais e ao Município do Rio de Janeiro aqueles que não forem assim considerados.

Apesar disso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹³ mantém o entendimento de que a responsabilidade do Estado e do Município é solidária, portanto, havendo recusa de qualquer deles, ambos são condenados.

A Súmula 65 do TJRJ prevê: "Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela".

Portanto, não se admite a alegação de falta de previsão orçamentária para obstar o exercício do direito subjetivo à saúde, preponderando este sobre aquele.

Com o objetivo de seguir as orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS) que recomenda que cada país elabore um rol de medicamentos essenciais, o Brasil formulou a RENAME (Relação Nacional de Medicamentos)¹⁴, publicado pelo Ministério da Saúde, cuja listagem de medicamentos serve como base para os Estados e Municípios criarem sua própria lista de fármacos a serem disponibilizados gratuitamente à população.

Na 6ª edição da RENAME de 2008¹⁵, o Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão, assim dispôs:

¹³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0345858-90.2011.8.19.0001, julgado em 20 mar. 2013. Disponível em : < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em 03 abr. 2013.

¹⁴ Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1>. Acesso em 14 abr 2013.

¹⁵ Disponível em :< http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/renome/renome_2008_6ed.pdf>. Acesso em 14 abr 2013.

Na direção dos preceitos defendidos pela OMS/OPAS e em estreita consonância com as práticas do Uso Racional de Medicamentos, o Brasil tem conseguido revisar e atualizar sistematicamente a sua RENAME. É um esforço técnico, científico e de gestão, o qual contribui para a permanente qualificação do cuidado em saúde e deve elevar a confiança da sociedade no Sistema Único de Saúde.

A RENAME deve ser o instrumento mestre para as ações de planejamento, seleção de medicamentos e de organização da assistência farmacêutica no âmbito do SUS. Aos gestores estaduais e municipais, deve subsidiar a elaboração e pactuação de suas Relações de Medicamentos. Às equipes de saúde, em especial aos prescritores, a RENAME, juntamente com o Formulário Terapêutico Nacional, pode ser um importante auxílio na escolha da melhor terapêutica. À população e usuários do SUS, a RENAME expressa um compromisso com a disponibilização de medicamentos selecionados nos preceitos técnico-científicos e de acordo com as prioridades de saúde de nossa população.

Contudo, cinge-se a controvérsia quando o medicamento não consta da listagem de dispensação essencial, porém o profissional médico que assiste o paciente prescreve a medicação como única forma de preservar a vida e a saúde do enfermo.

Em regra há recusa do ente federativo no fornecimento do fármaco o que motiva a propositura de ação judicial para solucionar a lide.

Nesse momento, surge para o Poder Judiciário a missão de decidir se o pleito do demandante deve ser acolhido, ou seja, se aquele medicamento é realmente indispensável à sua sobrevivência e, em caso positivo, se o demandado possui a responsabilidade em fornecê-lo, sem caracterizar a elaboração de políticas públicas.

Certo é que, a análise não é das mais simples, visto que requer conhecimento técnico inexigível aos julgadores, motivo pelo qual as decisões baseiam-se apenas nos preceitos constitucionais e no senso comum.

Na obra *Judicialização da Saúde Suplementar*¹⁶ elaborado pela Unimed Belo Horizonte, o resultado de um estudo acerca das jurisprudências dos principais tribunais brasileiros sobre medicamentos constatou que 86% (oitenta e seis por cento) das ações judiciais são favoráveis aos pacientes.

A fim de facilitar o exame casuístico alguns Tribunais tomaram a iniciativa de realizar parcerias para minimizar as demandas. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

¹⁶ Disponível em: < <http://www.unimedbhonline.com/cooperativa-lanca-livro-sobre-%E2%80%9Cjudicializacao-da-saude-suplementar%E2%80%9D/>>. Acesso em 14 abr 2013.

Janeiro, no ano de 2009, assinou convênio com a Secretaria do Estado de Saúde e Defesa Civil e criou o Núcleo de Atendimento Técnico (NAT)¹⁷.

O NAT é composto por profissionais da área de saúde que auxilia os juízes com informações técnicas em relações aos pedidos de medicamentos formulados nas demandas. No parecer técnico é analisada a compatibilidade entre a patologia declarada e a medicação prescrita, bem como, se há medicamento substituto compatível no SUS.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro à época da criação do NAT, Desembargador Luiz Zveiter, explicou que o objetivo do núcleo é dar tranquilidade aos magistrados no momento das decisões e evitar fraudes¹⁸.

Com as constantes recusas no provimento dos remédios e o aumento das demandas judiciais, como alternativa de obtenção das interações terapêuticas, surgiu a chamada judicialização da saúde.

Acerca do tema, o Ministro Gilmar Mendes¹⁹, na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 278/AL, ponderou:

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Para Luís Roberto Barroso²⁰ a judicialização é um fenômeno que consiste na transferência de poder de decisão para juízes e tribunais, acerca de questões que em tese

¹⁷ Disponível em :< http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10242&Itemid=675>. Acesso em 14 abr 2013.

¹⁸ Disponível em :< http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10242&Itemid=675>. Acesso em 14 abr 2013.

¹⁹ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em 14 abr 2013.

²⁰ Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 14 abr 2013.

deveriam ser decididas pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo, mas pelo modelo institucional brasileiro são conferidas ao Poder Judiciário.

Assim é que, em virtude da chamada repercussão geral, mecanismo criado com a Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE, analisou diversas liminares concedidas pelos Tribunais de 1ª Instância para obrigar os Estados e Municípios a fornecer gratuitamente medicamentos que não constavam na lista do SUS.

A decisão por unanimidade proferida na STA 175/CE²¹ foi de grande relevância nas questões referentes a medicamentos, mormente no que concerne à obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos, ainda que de alto custo, bem como acerca da solidariedade dos entes federativos, porquanto vedou a utilização de sucedâneos recursais de conteúdo político acerca do tema, conforme se verifica da ementa a seguir:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Pela relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal considerou não haver violação ao princípio da Separação de Poderes, em razão de o Poder Judiciário ter como função precípua garantir os direitos constitucionais, sem caracterizar implementação de políticas públicas.

Ponderou que o alto custo do medicamento não é motivo para seu não fornecimento, em razão de a Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais ter como objetivo

²¹ Disponível em:<

[http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=76&dataPublicacaoDj=30/04/2010&incidente=3773190&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1)

[numDj=76&dataPublicacaoDj=30/04/2010&incidente=3773190&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1](http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=76&dataPublicacaoDj=30/04/2010&incidente=3773190&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1)>. Acesso em 14 abr 2013.

contemplar o acesso à população acometida por doenças raras aos tratamentos disponíveis, e ainda, entendeu não haver grave lesão à economia e à saúde públicas.

O voto do Ministro Celso de Mello²² afastou a tese da reserva do possível ao seguinte argumento:

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A partir desse julgamento, os entes públicos não poderão invocar o art. 12, §1º da Lei n.7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) para requerer a suspensão da medida liminar que determine o fornecimento de medicamentos, devendo utilizar a via recursal própria para atacar a decisão.

Além da judicialização, há o chamado ativismo judicial, que inicialmente, nasceu como um ato positivo de pró-atividade dos magistrados, porém, posteriormente, passou a ser criticado.

Barroso²³ diferencia a judicialização do ativismo judicial:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Exemplifica o doutrinador, como forma de ativismo judicial, o fato de o Supremo Tribunal Federal, em nome do princípio democrático, ter declarado que a vaga do Congresso

²²Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>>. Acesso em 14 abr 2013.

²³ Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 14 abr 2013.

Nacional pertence ao partido político. Outra hipótese seria a distribuição de medicamentos por determinação judicial.

E ainda traz um alerta sobre o ativismo judicial:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Certo é que, ainda é grande o número de demandas judiciais, mormente porque os entes públicos continuam negando o fornecimento dos medicamentos, não havendo alternativa para o cidadão, senão buscar a tutela jurisdicional para ver preservado seu direito fundamental à vida e à saúde.

CONCLUSÃO

O direito à vida e à saúde são de suma importância para a própria existência humana, motivo pelo qual foram consagrados na Constituição da República como direitos fundamentais a qualquer indivíduo.

Entretanto, apesar da literalidade do disposto no art. 196 da CRFB/88 que prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, na prática não é raro constatar que esse preceito constitucional não é efetivamente garantido.

Um dos princípios mais invocados no âmbito jurídico é o da dignidade da pessoa humana, como fundamento para solução de quase todos os problemas, uma vez que abrange vários setores que requerem proteção.

Nessa esteira de raciocínio é possível afirmar que fere a dignidade humana uma existência sem saúde adequada, mormente porque, o escopo da garantia constitucional é

oferecer uma situação de conforto, de bem estar social que compreende o aspecto físico, intelectual e psicológico.

Dessarte, a concretude parcial ou hipotética da garantia constitucional equivale a não prestação do preceito fundamental, o que caracteriza violação aos direitos do indivíduo.

Em alguns casos, para manutenção da saúde de um enfermo é necessária a utilização de medicamentos de alto custo, que na maioria das vezes não constam da lista de medicamentos excepcionais fornecidos pelo Estado, ou ainda, o medicamento é experimental.

Apesar de haver diversas decisões dos Tribunais Superiores reconhecendo a responsabilidade solidária dos entes federativos no fornecimento de medicamentos, corriqueiramente os pacientes se veem obrigados a buscar a tutela jurisdicional para garantir seu direito à saúde, em razão da recusa de um ou outro ente federativo em prover a medicação.

As teses defensivas dos entes públicos geralmente envolvem a ilegitimidade passiva e inexistência de solidariedade, a invocação do princípio da reserva do possível e a violação da separação dos poderes para evitar que o Poder Judiciário decida as questões obrigando o fornecimento dos fármacos.

A reserva do possível vem sempre atrelada à escassez orçamentária, à impossibilidade de atender ao interesse individual em detrimento da coletividade, porquanto em determinadas localidades atender a uma decisão judicial para fornecer um medicamento de alto custo significaria ferir de morte o próprio Estado ou Município por comprometer quase toda a verba disponível para atender à população local.

Contra tais argumentos, os Tribunais Superiores têm decidido que a incapacidade de gerir os recursos públicos não pode ser óbice à prestação da garantia constitucional, devendo o ente comprovar a impossibilidade de cumprir a decisão.

No que concerne à chamada judicialização da saúde, sustentam os Tribunais que não há se falar em violação da separação dos poderes quando o Poder Judiciário é instado a se manifestar e decidir determinada situação que lhe é trazida pela falha na prestação do serviço pela Administração Pública. Isso porque, cabe ao Poder Judiciário zelar pela execução das políticas públicas já previstas para serem cumpridas pelos entes públicos.

Apesar de praticamente pacificado o tema, qual seja, a responsabilidade do Estado em fornecer o medicamento essencial à saúde do enfermo, nos casos comprovados por laudo médico, somente sendo admitida a invocação da reserva do possível nos casos de incapacidade financeira devidamente provada pelo ente público, o número de ações judiciais nesse sentido vem aumentando com o passar do tempo.

Isso demonstra que somente por decisão judicial os entes federativos cumprem as garantias previstas na Carta Magna, ou quando deixam de cumprir se socorrem da falta de recursos financeiros, ou ainda, simplesmente desafiam o Poder Judiciário e não cumprem a decisão, obrigando o magistrado à adotar medidas drásticas para efetivação da tutela deferida, como busca e apreensão dos medicamentos, sequestro de verbas públicas, prisão por crime de desobediência.

Esse cenário aponta para uma incompatibilidade entre as garantias constitucionais e a real situação das entidades públicas, portanto, se não houver mudanças nas políticas públicas cada vez mais o Poder Judiciário será instado a decidir essas questões e receber críticas por fazê-lo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Jurisprudência Caminha para Garantir o Direito à Saúde*. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2010-ago-27/jurisprudencia-tribunais-caminha-sentido-garantir-direito-saude>>. Acesso em 14 abr. 2013.

ANVISA. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME*. Disponível em :< http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/renome/renome_2008_6ed.pdf>. Acesso em 14 abr 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 14 abr 2013.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed .São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 01 mai. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm >. Acesso em: 01 mai. 2013.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil: Breves Reflexões*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n.8, jun. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2013.

CARVALHO FILHO, J.S. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Núcleo do TJRJ Completa Um Ano Com Dois Mil Laudos Sobre Medicamentos*. Disponível em :< http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10242&Itemid=675>. Acesso em 14 abr 2013.

COOPERATIVA Lança Livro Sobre “Judicialização da Saúde Suplementar”. Disponível em:< <http://www.unimedbhonline.com/cooperativa-lanca-livro-sobre-%E2%80%9Cjudicializacao-da-saude-suplementar%E2%80%9D/>>. Acesso em 14 abr 2013.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO Viviane Carvalho de. *O Princípio da Reserva do Possível, o Mínimo Existencial e o Direito à Saúde*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46>. Acesso em 01 mai. 2013.

MATTOS, Karina Denari Gomes de; SOUZA, Gelson Amaro de. *Ativismo Judicial e Direito à Saúde: Uma Análise da Tutela Jurisdicional nas Ações de Medicamentos*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2396/1920>>. Acesso em 03 abr 2013.

PAULA, Marcelo Sebastião de. *Judicialização da Saúde e O Princípio da Separação dos Poderes*. 2011. 57f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito)-Universidade Presidente Antonio Carlos, Barbacena, 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/bb/tcc/tcc-ea9145284b48b3e6dcfed7a8f50cfdd1.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2013.

PORTAL DA SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1>. Acesso em 14 abr 2013.

SANTOS, Ludmila. *Pedido de Remédio: Equipe técnica auxilia Justiça em questões de saúde*. Disponível em:< <http://niajajuris.org.br/index.php/noticias/338-pedido-de-remedio-equipe-tecnica-auxilia-justica-em-questoes-de-saude>>. Acesso em 14 abr. 2013.

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE. Disponível em: <
<http://www.rj.gov.br/web/ses/exibeconteudo?article-id=165724>>. Acesso 01 abr. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641028>
> Acesso em 20 mar.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>> Acesso em 20
mar.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>

TEPEDINO, G; BARBOZA, H.H; MORAES, M.C.B. *Código Civil Interpretado Conforme a
Constituição da República*. 2.ed . revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação n. 0345858-
90.2011.8.19.0001, julgado em 20 mar. 2013. Disponível em : <
<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em 03 abr. 2013.

TURRA, Dealtry Marcelo; LOPES Carlos Côrtes Vieira. *Direito à Saúde como Direito de
Cidadania*. Disponível em < [http://jus.com.br/revista/texto/7648/direito-a-saude-como-
direito-de-cidadania#ixzz2PSod0evi](http://jus.com.br/revista/texto/7648/direito-a-saude-como-direito-de-cidadania#ixzz2PSod0evi)>. Acesso em: 02 abr. 2013.