



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Judicialização do Direito à Saúde

Juliana Souza de Castro

Rio de Janeiro
2011

JULIANA SOUZA DE CASTRO

A Judicialização do Direito à Saúde

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a Katia Silva

Prof^a Mônica Areal

Prof^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Juliana Souza de Castro

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Técnica de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O direito à saúde constitui pressuposto básico para que o indivíduo possa usufruir dos demais direitos que lhe são assegurados pelo Estado e, conseqüentemente, ter uma vida digna. Atualmente, é crescente o número de demandas que tem por objetivo o fornecimento de medicamentos. Trata-se da chamada “judicialização” do direito à saúde. Tal fenômeno decorre da omissão dos entes públicos das várias esferas administrativas para os quais o fornecimento de medicamentos estaria condicionado à reserva do possível. Contudo, o direito à saúde não pode sofrer limitações por constituir direito fundamental e essencial à efetivação e manutenção de uma vida digna. A dicotomia entre os interesses público e privado somente será solucionada quando o Estado dispuser, de fato, de um Sistema Único de Saúde que funcione de forma integrada e sistematizada entre os entes públicos. Entretanto, o mencionado problema está longe de ser solucionado, sendo necessário estabelecer alguns parâmetros para nortear a atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Saúde. Medicamentos. Judicialização.

Sumário: Introdução. 1. O Estado e as Políticas Públicas. 2. Dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, do Mínimo Existencial, da Reserva do Possível e Da Vedação ao Retrocesso e o Direito à Saúde na Constituição Federal. 3. A Atuação do Poder Judiciário. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da judicialização do direito à saúde sob o aspecto constitucional. Um dos objetivos do presente estudo é verificar a possibilidade da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas por meio de fornecimento de medicamentos.

A insuficiência estatal na prestação de serviço unificado de saúde resulta na reivindicação da tutela do Estado pelo indivíduo, uma vez que muitas vezes os medicamentos pleiteados não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. Com isso, muitos brasileiros têm sido prejudicados.

Assim, o Estado é obrigado a fornecer gratuitamente medicamentos que, por vezes, não estão abrangidos pela lista de remédios elaborada pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse contexto, a denominada judicialização do direito à saúde tem por objetivo assegurar aos indivíduos o direito subjetivo à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal.

Embora o referido direito esteja constitucionalmente garantido, a atuação do Poder Judiciário é questionada em virtude do princípio da reserva do possível e da repartição de competências.

A questão torna-se relevante na medida em que a despeito de a judicialização do direito à saúde possibilitar maior fiscalização na prestação do serviço de saúde, o excesso de ordens judiciais, nas questões pertinentes à esfera da Administração Pública, pode tornar inviável a universalidade da saúde, já que causa desequilíbrio nas contas públicas.

Dentro deste prisma, indaga-se: É possível o Poder Judiciário privilegiar direitos individuais em detrimento do coletivo? O Poder Judiciário pode se contrapor às diretrizes estabelecidas pelo SUS? Em caso de descumprimento de decisão judicial que determina o fornecimento de medicamentos, há possibilidade de apreensão de verbas públicas? Para

responder às referidas indagações, é necessário analisar os princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, da reserva do possível e da vedação ao retrocesso.

Desta forma, tem-se como meta analisar o tema sobre os aspectos legais, doutrinários e jurisprudências, bem como sob a ótica dos mencionados princípios constitucionais.

Desse modo, o presente artigo propõe uma reflexão acerca de um tema que, embora aparentemente já pacificado pela jurisprudência, ainda gera problemas na prática devido à ausência de parâmetros no fornecimento de medicamentos.

1. O ESTADO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

O conceito de Políticas Públicas pode ser definido como a atuação do Estado na implementação de ações e programas voltados para determinado setor social com o objetivo de efetivar e garantir um direito.

No entendimento de Régis Fernandes de Oliveira¹, as políticas públicas são “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.”

A atuação do Estado na implementação de Políticas Públicas é fruto de evolução histórica por qual passou o Estado Liberal Clássico tornando-se um Estado Social de Direito.

¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 251.

A mencionada mudança de perspectiva de atuação do Estado relaciona-se a três momentos históricos: a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Mexicana.

Essa transformação do papel do Estado é assim resumida por Bobbio²:

Da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX.

Dessa forma, os Estados se viram obrigados a atribuir sentido concreto aos direitos sociais, como a educação, a previdência, a habitação, o saneamento básico e a saúde.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ilustra bem essa mudança ao dar relevância aos direitos sociais, dentre eles a saúde, em seus dispositivos, tais como o do art. XXV, assim redigido:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No Brasil, os direitos sociais foram consagrados pela Constituição Federal de 1988 que conferiu ao Estado o dever de não só proteger os direitos fundamentais, dentro os quais se inserem os direitos sociais, como também o de fornecer condições para a sua verdadeira efetividade por meio de prestações positivas.

Tal medida busca concretizar um dos fundamentos da República Federativa do Brasil previsto no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, qual seja, a isonomia substancial dos cidadãos.

Nesse contexto, a proteção e a efetividade do direito à saúde tornam-se necessários na medida em que esse direito é primordial para o exercício dos demais direitos fundamentais.

² BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 42.

A saúde passou a ser considerada como direito universal a ser observado por todas as esferas de governo e garantido por meio de políticas sociais e econômicas e de uma rede regionalizada e hierarquizada com diretrizes sedimentadas pela Lei n. 8.080/90³ e pela Lei n. 8.142/90⁴.

O direito à saúde, contudo, não ser entendido como direito a estar sempre saudável, mas sim, como o direito de cada pessoa ter acesso a um sistema de saúde que ofereça as condições necessárias para o desenvolvimento e alcance da melhor qualidade de saúde possível.

Com efeito, o fornecimento de medicamentos representa hoje uma das maiores demandas na área da saúde.

Diante das lacunas no cumprimento dos deveres estatais inerentes ao direito à saúde é que a atuação do Poder Judiciário cresce no âmbito das políticas públicas e ganha força a chamada judicialização do direito à saúde, tendo em vista a observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

2. DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO MÍNIMO EXISTENCIAL, DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

³ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm >. Acesso em: 25 set. 2011.

⁴ BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 dez. 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm >. Acesso em: 25 set. 2011.

O direito à saúde está inserido dentro dos direitos sociais e previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado”.

Trata-se, na verdade, de direito fundamental, na medida em que visa proteger o bem jurídico maior: a vida (digna).

A Constituição Federal de 1988, por sinal, foi a primeira constituição brasileira a conferir à saúde status de direito fundamental.

Tal prerrogativa transcende a previsão constitucional, uma vez que representa a própria essência, o próprio núcleo do ordenamento jurídico brasileiro já que objetiva proteger a vida do homem que é a razão de ser do ordenamento.

Tanto é assim que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como o núcleo fundamental do ordenamento jurídico brasileiro e como valor supremo a ser observado pelo Estado na efetivação dos demais direitos.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes⁵, a dignidade da pessoa humana é “o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.”

Ingo Wolfgang Sarlet⁶ assim conceitua a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Dessa forma, pode-se perceber que os direitos fundamentais, nos quais se inserem os direitos sociais, estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de, *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 125.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

Em regra, os direitos sociais exigem uma atuação positiva do Estado e dependem da realidade econômica do país para se concretizarem.

Com isso, tais direitos acabam por se transformar em verdadeiros direitos-programa, ou seja, diretrizes e compromissos que o Estado assume diante da sociedade, não possuindo eficácia imediata.

Contudo, direito à saúde, por estar contido no direito à vida é, em consequência, de caráter imediato, tendo em vista que os direitos fundamentais contidos no art. 5º da Constituição Federal são de eficácia imediata, nos termos do § 1º do referido artigo.

Nesse contexto, a norma contida no art. 196 da Constituição Federal não pode ser tida como de conteúdo meramente programático, sob pena de inviabilizar a concretização dos demais direitos fundamentais.

Assim, o direito à saúde, por ser direito social de segunda dimensão, impõe uma prestação positiva do Estado a fim de sejam asseguradas as condições mínimas de existência digna.

É dever do Estado, portanto, tutelar a saúde na medida em que esta é indissociável do direito à vida. Segundo André da Silva Ordacgy⁷:

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

Embora o direito à saúde esteja expressamente previsto no texto constitucional, verifica-se a sua frequente violação.

A violação ocorre com a negativa de fornecimento de medicamentos por determinado ente federativo sob o argumento de não ser o competente para o fornecimento do medicamento e de que este não se encontra na lista do SUS.

⁷ ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em: < http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf >. Acesso em 17 set. 2011.

Outro princípio que merece destaque é o do mínimo existencial que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tem por objetivo garantir uma vida digna por meio da satisfação de condições mínimas de existência.

Assim, ao Estado se impõe o dever de garantir tais condições mínimas de existência por meio de ações positivas que visem dar maior efetividade aos direitos sociais.

Nesse contexto, a preservação do mínimo existencial é condição para a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contrapõe-se a esse princípio, o princípio da reserva do possível, segundo o qual o Estado, ao efetivar os direitos sociais, pode optar por qual setor beneficiará em detrimento de outro. Esse princípio é visto sob o aspecto financeiro, uma vez que os recursos públicos seriam insuficientes para atender todas as necessidades sociais.

Assim, não seria possível para o Estado fornecer todo e qualquer medicamento, sem estabelecer critérios e limitações, sob pena de prejudicar o interesse coletivo em detrimento do interesse individual, já que haveria o comprometimento do orçamento público e de outros setores.

Já o princípio da vedação ao retrocesso que impede que direitos antes concedidos não podem ser diminuídos ou esvaziados.

Assim, os direitos sociais já estabelecidos não podem retroceder. Na precisa lição de Canotilho⁸:

O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

⁸ J. J. G. Canotilho, *apud* Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquemetizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 766.

Desse modo, o Estado não só deve atuar de forma a satisfazer os direitos sociais como também não pode impedir a efetivação desses direitos. Em outras palavras, as medidas tomadas em prol dos direitos sociais devem ser mantidas e aprimoradas, nunca restringidas.⁹

Não basta aos direitos sociais a simples afirmação, mesmo que em sede constitucional. Devem eles ser efetivados e preservados, afastando-se a ideia de uma Constituição programática, a depender da atitude do legislador ordinário para ganhar eficácia, e que pode ser alterada sem atentar para os avanços já garantidos na seara social.

Assim, eventualmente alteração legislativa não poderá restringir ou abolir direitos e garantias já alcançados, sob pena de inconstitucionalidade, uma vez que os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis.

3. DO DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS NÃO OFERECIDOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Para o cumprimento do direito à saúde, a própria Constituição Federal estabeleceu princípios que devem nortear a atuação dos entes públicos a fim de que a execução das políticas públicas no âmbito da saúde garanta tratamento igualitário e universal a todos o direito à saúde.

Assim, da análise dos artigos 196 e 198 da Constituição Federal, pode-se elencar os princípios do acesso universal e igualitário, da descentralização da administração e do atendimento integral.

⁹ LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *Do efeito cliquet ou princípio da vedação de retrocesso*. Revista Jus Vigilantibus, 13 de maio de 2009.

Objetivando prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde e dar cumprimento aos referidos princípios, foi editada a Lei nº 8.080/09, regulamenta os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e dispõe nos artigos 6º, inciso I, alínea "d" e 7º, incisos I e II:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

CAPÍTULO II

Dos Princípios e Diretrizes

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 artigo 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;

O Sistema Único de Saúde – SUS, segundo o entendimento do STJ¹⁰, visa à integralidade da assistência à saúde, tanto no âmbito individual quanto no coletivo, em qualquer grau de complexidade, desde que comprovada a necessidade do fornecimento do medicamento para o tratamento da doença do indivíduo a fim de que lhe seja garantida uma vida digna.

Trata-se de uma estrutura administrativa regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, sendo exercida em cada esfera de governo, nos termos dos artigos 8º e 9º da Lei nº 8.080/90.

O artigo 200, da Constituição Federal de 1988 traz o rol de competências do Sistema único de Saúde, da seguinte forma:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

¹⁰ BRASIL. Recurso Especial nº 814076. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2392377&sReg=200600191898&sData=20060801&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2011.

- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A fim dar efetividade aos referidos dispositivos legais, o Ministério da Saúde formula e publica uma lista dos medicamentos que serão disponibilizados em toda a rede do Sistema Único de Saúde, denominada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename.

Na Rename constam os medicamentos para combater as doenças mais comuns que atingem a população, com a denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovado pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária e são registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Estes apresentam menor custo nas etapas de armazenamento, distribuição, controle e tratamento e suas fórmulas apresentam valor terapêutico comprovado, com base em evidências clínicas¹¹.

Com base na Rename, os estados e municípios elaboram suas listas de assistência farmacêutica básica.

Nesse contexto, infere-se que a mencionada lista é elaborada de acordo com a complexidade dos serviços e ações a serem realizados e com a hierarquia de cada esfera de governo.

Dessa forma, à União caberia o fornecimento dos serviços de saúde de maior complexidade, enquanto que aos Estados caberiam os serviços e as ações de média complexidade e aos Municípios, os de menor complexidade.

¹¹ SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1337>. Acesso em: 11 set. 2011.

Contudo, essa estrutura vem se mostrando ineficaz, em virtude de sua complexidade, uma vez que a falta de investimentos e a própria repartição de competências geram controvérsias a cerca de quem seria o ente responsável pelo fornecimento do medicamento pleiteado.

Ao serem acionados, quer administrativa ou judicialmente, os entes federativos utilizam a hierarquização estabelecida pela estrutura do Sistema Único de Saúde, bem como a RENAME para justificarem o não fornecimento de medicamentos aos indivíduos que dele necessitam.

Entretanto, a legislação infraconstitucional não pode servir de escusa para o descumprimento desse dever constitucionalmente imposto.

Além do art. 196, da Constituição Federal, existem outros dispositivos constitucionais que determinam o dever de prestar a saúde, como o art. 23, inciso II que dispõe ser de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública. Dessa forma, nos termos do art. 23, inciso II, da Constituição Federal, os serviços e ações de saúde possuem como característica serem serviços públicos, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹² seriam:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Do mesmo modo, o art. 24, inciso XII, da Constituição Federal estabelece que a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde é concorrente.

O art. 30, da Constituição Federal, ao tratar da competência dos Municípios, estabelece ainda a prestação dos serviços de atendimento à saúde da população será feita com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 634.

Com isso, a competência comum constitui uma listagem de obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público em relação às instituições.

Percebe-se, portanto, que os entes federativos devem atuar de forma conjunta, uma vez que a responsabilidade solidária.

Os municípios possuem resistência a esse entendimento de que a responsabilidade seria solidária, pois, muitas vezes contra eles isoladamente são proposta as demandas referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo financeiro ou que não estão inseridos em suas listas e que seriam de atribuição do Estado ou da União. Entretanto, o Poder Judiciário já se manifestou inúmeras vezes no sentido de que a divisão administrativa estipulada pela legislação infraconstitucional não afasta a responsabilidade solidária entre as três esferas de poder pelo fornecimento de medicamentos.

Acerca do tema, tem-se as seguintes ementas dos Tribunais Superiores¹³:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE

¹³ BRASIL. Recurso Extraordinário nº 607381. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <edir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>. Acesso em: 10 ago. 2011.

SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.[...] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Agravo regimental não provido.¹⁴

Constata-se, portanto, que quando se tratar de fornecimento de medicamentos, qualquer um dos entes federativos pode ser demandado judicialmente, seja na esfera estadual, seja na federal, em virtude da mencionada responsabilidade solidária.

Para resolver o problema de custeio dos medicamentos seria necessária a criação de um fundo que compensaria e ressarciria o ente público que suportou o ônus pelo fornecimento do medicamento de modo que nem o direito à saúde do indivíduo que necessita do medicamento para sobreviver ficaria condicionado e limitado à divisão administrativa e nem o orçamento do ente federativo ficaria comprometido.

Um ponto negativo da solidariedade passiva seria a eventual duplicidade no fornecimento dos medicamentos, o que acarretaria não só o recebimento indevido do medicamento como também a possibilidade de venda ilegal de medicamentos, já que as decisões judiciais costumam condenar a União, o Estado e o Município ao fornecimento dos medicamentos de que o paciente necessita para o tratamento sem especificar a qual deles caberia a entrega de cada medicamento.

Contudo, a solução para o problema está na criação de uma rede integrada comunicação entre os entes públicos que permitiria a consulta ao sistema de cada ente a fim de verificar se o medicamento já foi entregue ou não e com isso evitar o recebimento indevido de medicamentos.

¹⁴ BRASIL. Regimento no Agravo de Instrumento nº 907820. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8967312&sReg=200701276601&sData=20100505&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 06 jun. 2011.

4. DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Como cediço, a Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXV garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

A Administração Pública tem o dever de prestar assistência médica e fornecer os medicamentos necessários à manutenção da vida do indivíduo.

A despeito de haver o Sistema Único de Saúde, com a repartição de competências entre os entes federativos no fornecimento de tais medicamentos, o referido sistema não se mostra eficaz na medida em que o indivíduo ao não encontrar o medicamento de que necessita se vê obrigado à recorrer ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, perfeitamente possível a intervenção do Poder Judiciário a fim de efetivar o direito à saúde e fazer cessar a ameaça de lesão ao referido direito.

Trata-se da denominada “judicialização” do direito à saúde.

Desse modo, o Judiciário não pode se escusar de apreciar as demandas de fármacos, sob o argumento de que com tal apreciação, com a determinação de fornecimento de medicamento, violaria o princípio da separação dos poderes, pois se trata de direito fundamental.

Esse é o posicionamento adotado por João Agnaldo Donizeti Gandini¹⁵ ao registrar que:

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se.

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em

¹⁵ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. *A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário*. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. p. 76-77.

que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes.

Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.

É certo que propositura de demanda constitui a única alternativa que os indivíduos possuem após tentarem obter o medicamento na rede pública de saúde.

Contudo, em que pese a legislação do SUS repartir as competências de cada ente federativo no âmbito da saúde, como vimos o STJ sedimentou o entendimento de que a competência é solidária.

O certo é que ao judiciário compete maximizar os direitos sociais, devendo, para tanto, agir de forma cuidadosa e criteriosa a fim de que a concretização dos direitos sociais seja compatibilizada com os recursos financeiros dos entes federativos.

Nesse sentido, a precisa lição de Luis Roberto Barroso¹⁶:

[...] onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

Entretanto, o argumento de impossibilidade de fornecimento de medicamentos devido à falta de previsão orçamentária tem sido afastado pelos tribunais¹⁷ com o objetivo de concretizar a regra contida no art. 196 da Constituição Federal de 1988, ao argumento de que o conteúdo programático da mencionada regra:

não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.

¹⁷ RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. Celso de Mello

A limitação orçamentária não pode servir como óbice para a concretização do direito à saúde, em atenção ao mínimo existencial e ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Para o Ministro Celso de Mello¹⁸ deve haver, nesse caso, uma ponderação de interesses, devendo prevalecer o direito fundamental à saúde, pois:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, (...) impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Outro argumento utilizado pelos entes federativos para justificar a inviabilidade do fornecimento de medicamentos seria a violação ao princípio da reserva do possível, o que traria prejuízos orçamentários aos entes federativos.

A reserva do possível¹⁹ é considerada um limite fático e jurídico à realização de um direito fundamental, tendo em vista que a concretização desses direitos estaria condicionada aos recursos públicos do Estado.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁰ assevera que:

A efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

Diante disso, alguns doutrinadores sustentam que a teoria da reserva do possível passou a ser utilizada com o objetivo de impossibilitar a intervenção do Poder Judiciário ao

¹⁸ *Ibid*, p. 1212-1213.

¹⁹ A teoria da reserva do possível originou-se na Corte Alemã (BverfGE n.º 33, S. 333) que asseverou que as limitações de ordem econômica podem comprometer a concretização dos direitos sociais, uma vez que a satisfação de tais direitos depende de condições econômicas.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 286.

argumento de que haveria ausência de previsão orçamentária para dar efetividade aos direitos fundamentais, neles incluídos o direito à saúde.

Nesse sentido é a lição de Ana Paula Barcellos²¹, “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.

Atualmente, a jurisprudência tem afastado a aplicação desse princípio no que concerne aos direitos fundamentais, notadamente, ao direito à saúde, exigindo que o ente federativo comprove a efetiva ausência de recursos.

O Superior Tribunal Federal assim se manifestou no julgamento da ADPF nº 45²²:

(...)

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra 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 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.

(...).

Assim, considerado que os entes federativos muitas vezes obstam o cumprimento das decisões judiciais, a jurisprudência firmou o entendimento de que em caso de

²¹ BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 237.

²² STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.

descumprimento da decisão judicial pelo ente federativo, é lícita a determinação de busca e apreensão de verbas públicas, devendo haver, nesse caso, a prestação de contas do paciente.²³

Do mesmo modo, para que o medicamento seja fornecido é necessário que sejam observadas algumas peculiaridades, como: a pessoa deve demonstrar que, de fato, não possui condições de adquirir o medicamento; demonstrar que o medicamento tem eficácia comprovada.

Com isso, é desnecessário que quando da propositura da demanda sejam especificados os medicamentos, pois os tratamentos e o uso dos medicamentos podem sofrer modificações pela substituição ou pelo acréscimo, basta que a doença seja mencionada na inicial e os medicamentos de que necessita no momento da propositura da demanda.

Nesse ponto, o emprego da expressão “...bem como de todos os remédios necessários ao tratamento de sua enfermidade” não constitui pedido genérico, em observância aos princípios da economia processual, da efetividade do processo e do acesso à Justiça.²⁴

Outro aspecto a ser ressaltado é o de que a jurisprudência é assente no sentido de que o medicamento não precisa estar incluído na lista do SUS para ser fornecido pelo ente público, uma vez que a jurisprudência tem entendido que basta que o medicamento seja

²³ Nesse sentido é o Agravo de Instrumento nº 0017834-02.2009.8.19.0000. DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 30/03/2011 - TERCEIRA CAMARA CIVEL – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “DIREITO ADMINISTRATIVO. Agravo interno de decisão monocrática que, por manifesta improcedência, negou seguimento a agravo de instrumento, mantendo decisão que, em ação na qual o Estado do Rio de Janeiro fora condenado a fornecer medicamentos a paciente hipossuficiente, bloqueou verbas públicas para a aquisição das drogas, uma vez recalcitrante o réu e frustrada a diligência de busca e apreensão. 1. "Para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medidas de apoio, desde que ineficaz outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitam receitas públicas de ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas". Enunciado 2 do Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis deste tribunal, realizado em 2009 (Aviso 83/09). Recurso ao qual se nega provimento.”

²⁴ Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no RESP 714165-RJ, 2ª Turma, julg. em 01/03/2005, DJ 11/04/2005, p. 287.

reconhecido pela ANVISA e que haja recomendação médica, sem que configure violação ao princípio da reserva do possível.²⁵

CONCLUSÃO

A falha e a negativa da prestação do direito à saúde por meio do fornecimento de medicamentos evidenciam a ineficiência da estrutura do Sistema Público de Saúde e configura violação ao direito fundamental à saúde.

A judicialização do direito à saúde envolve a uma dicotomia entre o individual e o coletivo, pois ao mesmo tempo em que busca efetivar esse direito, traz a noção de que este somente é observado caso o indivíduo recorra ao Judiciário e de que o Sistema Único de Saúde é ineficaz.

O fenômeno da judicialização do direito à saúde é um problema que somente será solucionado a longo prazo.

É certo que o Poder Público das diferentes esferas governamentais deve garantir à população meios eficazes para que tenha acesso a diagnósticos e prevenção de doenças, tratamento hospitalar de qualidade e o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da população.

Entretanto, uma vez acionada judicialmente para fornecer os medicamentos e os tratamentos necessários a Administração alega que os cofres públicos sofrem grande prejuízo, comprometendo o funcionamento do Estado como um todo e não apenas da estrutura do SUS.

De fato, a judicialização provoca impactos orçamentários.

²⁵ Nesse sentido, é o verbete nº 180, da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos não padronizados. Reconhecimento pela ANVISA e por recomendação médica. Dever de prestação unificada de saúde. Princípio da reserva do possível.”

Esse argumento, porém, não pode servir de escusa ao cumprimento das normas constitucionais que garantem o direito à saúde, sob pena de violar o próprio direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

É necessário que o Estado harmonize o caráter prestacional dos direitos sociais com os investimentos em políticas públicas a fim de que o direito à saúde seja plenamente satisfeito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm >. Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 dez. 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm >. Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 607381. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://edir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Recurso Especial nº 814076. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2392377&sReg=200600191898&sData=20060801&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2011.

BRASIL. Regimental no Agravo de Instrumento nº 907820. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8967312&sReg=200701276601&sData=20100505&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 06 jun. 2011.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. *A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário*. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

J. J. G. Canotilho, *apud* Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquemetizado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *Do efeito cliquet ou princípio da vedação de retrocesso*. Revista Jus Vigilantibus, 13 de maio de 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de, *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 17set. 2011.

RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. Celso de Mello.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1337>. Acesso em: 11 set. 2011.

STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.