



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Parâmetros Objetivos de Fixação da Atuação Judicial Quanto ao Fornecimento de Medicamentos e a  
Ponderação de Interesses

Rodrigo Leal Manhães de Sá

Rio de Janeiro  
2011

RODRIGO LEAL MANHÃES DE SÁ

**Parâmetros Objetivos de Fixação da Atuação Judicial Quanto ao Fornecimento de Medicamentos e a Ponderação de Interesses**

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<sup>a</sup>. Katia Silva

Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2011

## A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Rodrigo Leal Manhães de Sá

Graduado pela Faculdade de Direito da  
Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo:** Com o advento da Constituição da República de 1988, a saúde passou a ser um direito fundamental de todos e um dever do Estado, o que fez com que a população buscasse junto ao Poder Judiciário por meio de ações individuais o fornecimento gratuito de medicamentos a serem custeados pelo Estado. Contudo, diante do crescimento progressivo de tais demandas e a máxima efetividade dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se impossibilitado que a Administração Pública implemente políticas públicas de atendimento a todos os administrados, tendo em vista os limites orçamentários que possui, o que exige atualmente um questionamento quanto à necessidade de critérios objetivos que norteiem a atuação judicial quanto a ações individuais de fornecimento de remédios.

**Palavras-chaves:** Dignidade. Pessoa. Humana. Mínimo. Existencial. Fornecimento. Medicamentos. Reserva. Possível. Orçamento. Política. Pública.

**Sumário:** Introdução. 1. O direito à saúde e a nova ordem constitucional. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. 3. As listas de medicamentos dos entes federativos. 4. A autovinculação do Estado às políticas públicas já implementadas. 5. O dever de mútua assistência entre os membros da família. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República de 1988, a saúde passou a ser um direito de todos e uma obrigação do Estado, o que fez com que, desde então, houvesse um crescimento de demandas que pleiteassem medicamentos não fornecidos pela Administração Pública ordinariamente junto ao Poder Judiciário. Com isso, a fim de salvaguardar direitos fundamentais assegurados pela Constituição, inúmeras decisões foram favoráveis ao fornecimento de remédios, obrigando o Estado a prestá-los.

Contudo, diante do crescimento de tais demandas, o que se verifica atualmente é que os recursos destinados à área de saúde encontram-se comprometidos para o atendimento de tais decisões judiciais, prejudicando a implementação de políticas públicas que beneficiem a toda a população. Aliado ao crescimento dessas ações individuais, há a ampliação do conceito de dignidade da pessoa humana e do direito à saúde que possibilita que medicamentos que não são essenciais à salvaguarda do mínimo existencial onerem ainda mais os recursos orçamentários do Estado.

Nesse contexto, a fim de melhor ilustrar a gravidade e os reflexos de tais decisões no âmbito dos órgãos públicos responsáveis pela gestão e planejamento de aplicação dos recursos financeiros para a aquisição de medicamentos, vale a transcrição de reportagem inserida em obra de Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>1</sup>, na qual o então secretário de saúde do Estado de São Paulo faz as seguintes observações acerca do tema:

Fazemos mensalmente uma reunião com os secretários municipais de Saúde e, às vezes, há algum que não pode comparecer porque está com mandado de prisão porque não entregou a insulina glargina. Essa insulina parece que é a maior invenção da Humanidade agora, porque todo mundo precisa tomá-la e ela custa muito mais caro que a comum. E a Justiça, cada dia mais, dá ganho de causa aos pais que querem que os filhos tomem essa insulina. E assim muitos colegas secretários

---

<sup>1</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 234.

estaduais ou municipais têm que fugir do oficial de justiça porque se não vão para a cadeia. Vejam a que ponto chegamos! Vamos gerenciar o sistema de saúde ou fugir da polícia?<sup>2</sup>

Diante da celeuma relatada, busca-se com esse tema questionar a atuação judicial quanto ao fornecimento de medicamentos sem a observância de critérios objetivos e seguros, com base em conceitos abstratos e indeterminados, sendo de extrema valia que haja a fixação de parâmetros que norteiem a jurisprudência de forma razoável, ponderando-se os interesses atinentes à espécie. Em que pese ser o Poder Judiciário o guardião da Constituição e garantidor dos direitos fundamentais por ela assegurados, deve-se também viabilizar à Administração Pública que implemente, dentro de suas possibilidades, políticas públicas que atendam à coletividade.

Ao longo do presente artigo serão analisadas as limitações da atuação do Poder Judiciário quanto às políticas públicas que devem ser implementadas pelo Poder Executivo, sob o prisma do princípio da separação de poderes, equacionando o problema que há atualmente quanto ao comprometimento do orçamento público com demandas individuais que obstam e inviabilizam a universalização dos serviços públicos, em especial o fornecimento de medicamentos.

Portanto, o que se tem a verificar é quais parâmetros podem nortear a atuação do Poder Judicial sem vulnerar direitos fundamentais assegurados pela Constituição assim como possibilitar aos Poderes Executivo e Legislativo aferir como se dará a implementação de políticas públicas na área de medicamentos, em respeito ao princípio da separação de poderes e à visão global que possui o administrador público da estrutura e situação em que se encontra o respectivo ente federativo.

Os objetivos deste artigo são fixar critérios seguros aptos a garantir uma melhor prestação jurisdicional, a partir do conflito e ponderação dos princípios constitucionais que

---

<sup>2</sup> BARATA, Luiz Roberto Barradas. “Secretário propõe ao CREMESP parceria na elaboração de protocolos”. In: *Jornal do CREMESP*, abril de 2005: n.212.

incidem no caso, buscando-se ao final estabelecer um método para que os magistrados se norteiem no momento em que estiverem diante de demandas que envolvam a prestação de medicamentos.

Estabelecer-se-á um método lógico e progressivo de análise de premissas objetivas que permitam ao juiz avaliar no caso concreto se aquele pleito deve ser deferido, com base nos parâmetros objetivos ora fixados.

## **1. O DIREITO À SAÚDE E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL**

A Constituição da República de 1988, por muitos denominada de “Constituição Cidadã”, teve como um de seus pontos marcantes não somente enunciar direitos fundamentais como também assegurá-los por meio de garantias e remédios constitucionais, dando maior efetividade a seus preceitos.

Nesse contexto, a saúde, que era anteriormente considerada um serviço público, passou a se constituir como um dos principais direitos assegurados na Constituição, haja vista ser uma forma de garantia do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, para que se estabeleça de forma clara quais são as normas constitucionais que serão abordadas e os interesses a serem ponderados no presente estudo, vale trazer à colação a redação do art. 196, CRFB/88, o qual será o principal dispositivo a ser interpretado à luz dos demais princípios, abaixo transcrito:

Art. 196 – A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Conforme se depreende de sua redação, a saúde deve ser assegurada pelo Estado a todos de forma universal e igualitária, sendo um direito de toda a população e aplicando-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, tem-se que tal dispositivo independe de legislação que o regulamente.

Ademais, conforme jurisprudência pacífica<sup>3</sup>, incumbe a todos os entes federativos assegurar o acesso à saúde de forma solidária, não podendo obstar a salvaguarda desse direito por meio de normas de organização do Estado ou de distribuição desse dever quanto à complexidade do serviço ou medicamento a ser prestado.

Por outro lado, deve-se ressaltar que nos termos do art. 1º, III, CRFB, estabelece-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, a qual possui estreito vínculo com o direito à saúde, sendo tal princípio dotado de alto valor axiológico e que repercute em toda a ordem jurídica vigente.

Atualmente, tendo em vista se tratar de um conceito jurídico indeterminado, tem-se ampliado o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, principalmente quanto ao direito à saúde, para possibilitar o fornecimento de medicamentos que não são essenciais para a sobrevivência do paciente mas tão-somente para proporcionar uma melhor qualidade de vida ao indivíduo, o que tem gerado inúmeras discussões na doutrina e jurisprudência e que será analisado de forma mais aprofundada mais a frente.

A esse respeito, a fim de possibilitar o direito à saúde, sob o enfoque de garantia da dignidade da pessoa humana, a Constituição estabeleceu o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que assegura à população a possibilidade de apreciação de lesão ou ameaça de direito perante o Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV da CRFB, aliado ao princípio do acesso ao Judiciário, que se faz mediante instituições como a Defensoria Pública que recebeu

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 393.175*. Rel. Min. Celso de Mello; Brasília, 2006. *Informativo nº 414*

especial tratamento no art. 134 da CRFB/88, e que vem sendo fortalecidas pelo Poder Executivo.

Dessa forma, nesse primeiro aspecto verifica-se que houve uma especial preocupação da ordem constitucional em possibilitar e facilitar o acesso ao Poder Judiciário, salvaguardando direitos fundamentais e prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, outro importante preceito que deve ser analisado é o princípio da separação de poderes, estabelecido no art. 2º da CRFB, o qual visa a impedir que uma das esferas de poder se sobreponha sobre a outra, buscando-se a relação harmônica por meio do sistema de freios e contra-pesos.

Estabelecidas essas premissas, o que se tem na hipótese é a necessidade de fixação do núcleo axiológico a ser salvaguardado quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana no que tange ao direito à saúde e, mais especificamente, quanto ao fornecimento de medicamentos pleiteado junto ao Poder Judiciário, e a ponderação que deve ser realizada em cada caso concreto para que se assegure a independência entre os poderes.

Desse modo, o que se deve verificar é qual o ponto de equilíbrio que há entre o direito à saúde buscado junto ao Poder Judiciário, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, e os parâmetros a serem observados quando ocorrer a apreciação dessas demandas, tendo em vista o princípio da separação de poderes.

Com isso, além da ponderação de interesses que deve haver, faz-se essencial que a atuação judicial ocorra não somente em consonância com as normas incidentes no caso como também com a atual situação da saúde pública do Brasil, de forma a não possibilitar que por meio da ampliação do conceito de dignidade da pessoa humana sejam concedidos benefícios que não condizem com realidade do país, possibilitando que a Administração Pública possa

implementar políticas públicas que gradualmente, observando o princípio da reserva do possível, atendam aos anseios da população de forma universal.

## **2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

O primeiro e mais relevante parâmetro que deve nortear a atuação do magistrado ao julgar um pedido de concessão de medicamentos é aferir se naquela hipótese estar-se-á salvaguardando a dignidade da pessoa humana moldada em consonância com a ideia de mínimo existencial, ou seja, seu núcleo axiológico fundamental.

De fato, quando o medicamento pleiteado tem como fim assegurar a sobrevivência de um paciente, a garantia de qualidade de vida para o demandante, é inequívoco que tal medida deverá ser deferida pelo magistrado, haja vista ser um de seus misteres a salvaguarda da Constituição da República, a qual tem como principal expressão os direitos fundamentais como a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Contudo, as controvérsias surgem em hipóteses limítrofes nas quais se verifica que o medicamento objetivado pelo autor na demanda não tem como fim assegurar sua sobrevivência ou que garantam qualidade mínima de vida, mas sim remédios que lhe proporcionam maior conforto ou que assegurem ao demandante uma vida mais feliz consigo mesmo e com as outras pessoas, lhe gerando mais autoconfiança.

A esse respeito, como exemplo de casos em que o medicamento pleiteado tem como fim uma melhor satisfação pessoal, não havendo risco à saúde ou vida do autor, se dá nos casos em que se busca obrigar o Poder Público ao fornecimento do medicamento

nominado como *Viagra*, o qual visa ao combate à disfunção erétil masculina, em que há uma aplicação do conceito de dignidade da pessoa humana a fim de que se obtenha esse remédio e garanta-se o direito à felicidade dos cidadãos.

Em regra, no caso acima citado, quando o medicamento não tem como fim garantir a vida do autor, o que se dá em hipóteses de *síndrome hipertensão arterial pulmonar grave*, a jurisprudência não defere o pedido do autor com fundamento no princípio da razoabilidade, contudo, como se verifica nos julgados abaixo, há juízes de primeiro grau que concedem tal medicamento:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DE VIAGRA PARA TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REFORMA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. A saúde é direito fundamental assegurado constitucionalmente a todo cidadão, devendo os poderes públicos fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem, cumprindo fielmente o que foi imposto pela Constituição da República e pela Lei nº. 8.080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde. Tem-se que a disfunção erétil como uma consequência da diabetes, e não como causadora de qualquer agravamento para o seu estado de saúde. Se o Estado passasse a fornecer o Viagra, em caso como os dos autos, seria ofender o princípio da razoabilidade à medida que o mesmo teria de passar a fornecer o medicamento a todos de que dele precisassem. Razão pertine ao apelante quando alega que não é obrigado a conter os efeitos do tempo e do envelhecimento natural do corpo humano, simplesmente porque surgem novas terapias retardadoras. Recurso ao qual se dá provimento para excluir da condenação o fornecimento do medicamento Viagra 50, com fundamento no art. 557, §1º-A, do CPC.<sup>4</sup>

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA EMENTADA COMO A SEGUIR: APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO GRATUITO DE COMPRIMIDOS DE SILDENAFIL 50 MG (VIAGRA). AUTOR PORTADOR DE "SÍNDROME HIPERTENSÃO ARTERIAL PULMONAR GRAVE". NECESSIDADE DO MEDICAMENTO ATESTADA POR RECEITUÁRIO DE MÉDICO DA REDE PÚBLICA HOSPITALAR DOS QUADROS DO 1º RÉU, FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE NOVA FRIBURGO. UMA DAS RECEITAS, INCLUSIVE, DIZ EXPRESSAMENTE QUE O AUTOR CORRE RISCO DE MORTE SÚBITA. DIREITOS À VIDA E À SAÚDE, CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. ARTS. 6º, 23, II, 24, XII, 194, 195, 196 E 198, DA CF/88. DESPROVIMENTO DO RECURSO.<sup>5</sup>

Nesses casos em particular, é mister pontuar que não se busca no presente estudo afastar ou descaracterizar tais hipóteses como aptas a garantir aos jurisdicionados uma melhor condição de vida, haja vista que é essencial no atual estágio do direito contemporâneo e pós-positivista a ampliação do conceito de dignidade pessoa humana a ponto de proporcionar ao ser humano não somente uma vida minimamente digna, como também uma vida plena em que direitos antes considerados secundários e, até mesmo, supérfluos, como inerentes à condição a que foi alçada a pessoa humana como no centro de todo o ordenamento.

Logo, tem-se que é inegável que uma pessoa que sofre de disfunção erétil, por exemplo, sofre graves problemas psíquicos, o que pode se desdobrar em crises no matrimônio e, até mesmo, um quadro de depressão e outras vicissitudes.

Todavia, nesse primeiro momento, objetiva-se demonstrar que o magistrado ao aferir uma demanda em que há o pleito de concessão de medicamentos deve restringir a dignidade da pessoa humana de modo a assegurar sua satisfação em consonância com o mínimo existencial.

Nesse sentido, vale o magistério de Luís Roberto Barroso<sup>6</sup> em que é feita uma análise inicial quanto aos apontados excessos da jurisprudência quanto à concessão de medicamentos, conforme transcrição abaixo:

*Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas públicas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. (...) Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. (grifo nosso)*

Dessa forma, é essencial que, a fim de não inviabilizar a implementação de políticas públicas na área de saúde que serão gradual e progressivamente estruturadas e instituídas em harmonia com as condições financeiras e orçamentárias de cada ente federativo, em uma análise primária do caso posto à apreciação do magistrado seja estabelecido esse parâmetro de mínimo existencial no que tange ao direito à vida e à saúde.

Como elucidado acima, trata-se de uma análise primária e inicial que deverá ser integrada e harmonizada com os demais parâmetros objetivos que nortearão a atuação judicial e que podem possibilitar uma ampliação do espectro de atuação judicial quanto a medicamentos, que a princípio não seriam fundamentais à sobrevivência e à mínima condição digna de vida do jurisdicionado, mas que podem ser concedidos com fulcro em outros elementos como, por exemplo, a previsão do medicamento em políticas públicas já implementadas pelo ente federativo ou sua enunciação em listas de medicamentos.

Não se pode negar que os anseios da população não se restringem a unicamente a preservação de uma vida minimamente digna, sendo plenamente justificável que os cidadãos almejem uma satisfatória qualidade de vida em sociedade, haja vista que muitos remédios, como no exemplo outrora citado, não tem como fim tão-somente assegurar a sobrevivência do paciente, mas podem possibilitar maior conforto ao ser humano, lhe proporcionando bem estar e até mesmo lhe assegurando uma melhor relação com seus pares e, principalmente, consigo mesmo.

Por outro lado, para que esses medicamentos sejam fornecidos pelo Poder Público de forma universal, em apreço ao princípio da igualdade, deve-se garantir as mínimas condições para que as políticas públicas na área de saúde possam avançar de forma estruturada, vedando-se casuísmos que, como bem ponderado por Barroso, geram verdadeiros privilégios que inviabilizam um benefício posterior que possa se reverter em favor de todos.

A esse respeito, vale ainda citar a ponderação feita pelo autor citado acima no que concerne ao embate estabelecido entre os conceitos centrais a serem abordados no presente estudo de *micro-justiça* e *macro-justiça*, sendo oportuno trazer à colação o seguinte entendimento:

Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. (...) *O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.*<sup>7</sup> (grifo nosso)

Como explanado anteriormente, não se busca no presente estudo, em absoluto, asseverar que a atuação do Poder Judiciário é nociva ou inadequada, até porque a ele incumbe atuar como guardião da Constituição da República, nos termos do art. 102, caput, CRFB, sendo os direitos fundamentais uma das principais conquistas do Diploma Constitucional.

De todo modo, o que se deve obstar são os excessos perpetrados em decisões judiciais que partem da ideia de micro-justiça acima relatada, ou seja, que não se pautam na realidade em que se encontra a Administração Pública brasileira.

Por mais legítima que seja a expectativa em ter acesso a determinado medicamento, não se pode olvidar que no atual estágio de estruturação em que se encontram os entes federativos, principalmente municípios menores, ao se conceder medidas que sobressaem ao conceito de mínimo existencial estar-se-á fixando um verdadeiro privilégio odioso em favor daquele demandante em detrimento de todo o restante da população que, muitas vezes, não detém o necessário discernimento para buscar seus direitos perante o Poder Judiciário.

Ademais, deve-se frisar que embora tenha havido substanciais avanços quanto à garantia do acesso à justiça, o que se dá, principalmente, mediante a instituição e estruturação de Defensorias Públicas que assegurem a assistência judiciária gratuita de

qualidade, o atual cenário ainda não nos permite concluir que a totalidade da população mais carente consegue pleitear seus direitos em juízo, até mesmo por uma questão cultural em que simplesmente não se tem conhecimento acerca de tal possibilidade.

Nesse contexto, é de extrema importância que haja uma reflexão acerca da atuação judicial que, em um primeiro momento, salvaguarda direitos fundamentais não diretamente vinculados à vida e à saúde do jurisdicionado e que, de forma indireta, obsta o avanço de programas de política pública que possam alcançar a universalidade dos cidadãos despidos de recursos financeiros.

Por vezes, é possível que essas decisões que se pautam na ampliação extremada do direito à saúde e à dignidade humana simplesmente obstem a compra de remédios que assegurem efetivamente a sobrevivência de outros cidadãos que, seja por qual motivo, não buscou seu fornecimento em juízo.

Portanto, com base nessa ponderação dialética entre os conceitos de micro-justiça e de macro-justiça é que se deve ter como ponto de partida da apreciação judicial de tais demandas individuais o conceito de dignidade da pessoa humana afeta à saúde de forma restrita, tendo como base o mínimo existencial, posto ser um conceito que reflete o núcleo axiológico do direito fundamental à saúde e que pode ser aplicado a qualquer ente da federação.

### **3 – AS LISTAS DE MEDICAMENTOS DOS ENTES FEDERATIVOS**

Outro relevante ponto a ser fixado na hipótese e que se configura como outra questão a ser fixada pelo juiz em seu processo lógico de resolução da demanda passa pela análise das listas de medicamentos previamente aprovadas pelos entes federativos.

Inicialmente, deve-se pontuar que as citadas listas de medicamentos são uma legítima fonte de segurança jurídica do magistrado, haja vista que se tratam de remédios que já foram devidamente analisados pelos órgãos de polícia sanitária e que tem sua eficácia aferida de acordo com os pertinentes métodos científicos.

Nesse aspecto, vale mais uma vez o magistério de Luís Roberto Barroso<sup>8</sup> ao explicitar não só a essencialidade que caracteriza os medicamentos constantes da lista como também a segurança atribuída ao fato de que houve um estudo técnico acerca da eficácia e da adequação de seu emprego no tratamento médico respectivo:

Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

Desse modo, é essencial que haja a observância de tais listas de medicamentos, incumbindo ao magistrado, preferencialmente, conceder os remédios que constarem dessas listas.

Contudo, é essencial que se ressalve que não se está, em absoluto, dispondo que o Poder Judiciário estará vinculado tão somente aos medicamentos que constarem da lista de medicamentos dos entes federativos, posto ser o guardião da Carta da República e, por conseguinte, dos direitos fundamentais nela previstos.

Por outro lado, uma vez não constando determinado remédio das listas publicadas pelos entes federativos, incumbirá ao magistrado maior ônus argumentativo para determinar a concessão da medida pleiteada, sendo essencial a presença de laudos médicos

que evidenciem a necessidade vital do medicamento, salvaguardando assim o direito à vida e à saúde.

Nesse contexto, uma excelente forma de dar sustentabilidade à decisão é o juiz se valer de listas de medicamentos de entes diversos daquele que figura no processo, assegurando-se dessa forma que o remédio pleiteado foi devidamente autorizado para o fornecimento em outro ente da federação, fundamentando sua decisão no princípio da igualdade, não sendo crível que o fato de não estar o administrado sob a circunscrição de outro ente seja motivo hábil a lhe obstar o correto acesso à saúde pública.

Ademais, sendo as referidas listas de medicamentos formas de concretização da política pública definida pelo Poder Executivo, além de se tratar de medicamentos que já foram devidamente vistoriados pelos órgãos de polícia sanitária do país, caso o remédio pleiteado pelo administrado não conste da lista atrelada ao referido ente, mas haja medicamento com o mesmo princípio ativo e que represente menores custos para o erário, como os genéricos, é de suma importância que a este último se dê preferência.

Ainda que os menores custos para a Administração Pública representem o denominado interesse público secundário, ou seja, menores gastos para o Poder Público, tal interesse não deixa de ser relevante e, uma vez comprovado que medicamentos genéricos ou equivalentes constantes da lista de medicamentos são adquiridos a menores preços do que aquele almejado pelo autor, é imperioso que o juiz se atenha ao remédio indicado pelo Estado, sob pena de fazer preponderar injustificável interesse particular sobre o interesse público.

Nesse sentido, vale trazer à colação entendimento feito em decisão de lavra da Min. Ellen Gracie<sup>9</sup>, na qual é ressaltado que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já deficitárias políticas de saúde:

[...]

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, "o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo" (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.

6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Portanto, como já mencionado, deve o Poder Judiciário, como base na dicotomia feita por Luís Roberto Barroso quanto aos conceitos de micro-justiça e macro-justiça, ao apreciar as questões atinentes ao fornecimento de medicamentos, dar preponderância às políticas públicas já idealizadas pela Administração Pública, sendo uma forma de o juiz assegurar que tais remédios são dotados de eficiência médica e que não representam custos excessivos para o erário, possibilitando-se a universalização do direito à saúde previsto pela Constituição da República.

Logo, para finalizar mais este capítulo, é oportuno mais uma vez o magistério de Barroso<sup>10</sup>, ao dispor que:

“Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário.”

#### **4. A AUTOVINCULAÇÃO DO ESTADO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS JÁ IMPLEMENTADAS**

Com supedâneo nos fundamentos aqui esposados, pode-se dizer que em um ente público bem administrado e que possua uma receita que propicie um maior avanço no campo da saúde, é de se concluir que em um momento posterior no desenvolvimento desse ente será possível que não só as necessidades básicas e elementares configuradoras do mínimo existencial do direito à vida e à saúde sejam por ele atendidas.

De fato, feita a crítica da doutrina mencionada ao longo da explanação de que a atuação indiscriminada do Poder Judiciário quanto à concessão de medicamentos em demandas individuais pode obstar a implementação de políticas públicas que universalizem o acesso à saúde, tem-se que atingido o grau de maturidade desejado, tanto do Judiciário como da própria Administração Pública, a tendência é que as políticas públicas na área de saúde sejam cada vez mais abrangentes e ampliativas, assegurando à população não só o direito ao mínimo existencial como também meios que assegurem uma vida mais digna quanto ao aspecto físico e até mesmo psicológico.

Desse modo, embora não haja notícias de tal fato, é plenamente possível que após o desenvolvimento de políticas públicas de saúde em entes públicos organizados, bem geridos e com receita apta a tanto, sejam disponibilizados aos administrados medicamentos que atendam a necessidades secundárias e que possibilitem uma melhor qualidade de vida.

São nessas hipóteses em que será cabível ao Judiciário ampliar o campo de medicamentos que poderão ser concedidos pelo Poder Público, seja com base no princípio da proporcionalidade, seja com base no conceito de autovinculação.

No que concerne à autovinculação, vale trazer à colação o seu espectro de alcance quanto ao tema definido por Vanice Regina Lírio do Valle<sup>11</sup>:

Afinal, na medida em que definida fora pela própria administração pública (isoladamente considerada, ou na sua interação com o poder legislativo e ainda a sociedade civil) a política pública existente, restará vinculativa essa decisão, parametrizando assim a ação jurisdicional, que deixa de se constituir em intervenção sujeita a críticas quanto à sua legitimidade e passa a se caracterizar como simples coerção ao cumprimento, por parte da Administração Pública, daqueles compromissos que ela mesma traçou.

Desse modo, uma vez instituída pela Administração Pública programa de atendimento que atenda àquela demanda proposta em juízo e, injustificadamente, o Estado se recuse a fornecer o referido medicamento que, embora não seja essencial para a sobrevivência do cidadão, seja, em regra, prestado à população, nesse caso entende-se que o Poder Público estará vinculado aos termos dos atos por ele praticados, sendo forçoso o reconhecimento da procedência do pedido.

De igual modo, caso não haja sequer uma política pública que preveja o fornecimento de referido remédio mas verifique o juiz que outros medicamentos, de similar ou inferior necessidade do ponto de vista médico, são inseridos em programas estatais, com fulcro nos princípios da proporcionalidade e igualdade, poderá ser o pleito atendido.

Portanto, configurado o cenário de um ente da federação que esteja em avançado estágio quanto ao fornecimento de medicamentos, poderá o Judiciário se valer do princípio da proporcionalidade e da referida autovinculação da Administração Pública às políticas já implementadas para ampliar o espectro de proteção do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana sem que sua atuação se mostre excessiva ou despida de critérios técnicos e objetivos.

## 5 – O DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA ENTRE OS MEMBROS DA FAMÍLIA

Por fim, é de se reconhecer que o dever primário de fornecer assistência médica àquele que necessita é da família e não do Estado, como se pode extrair, a *priori*, dos art. 227, caput, e 230, caput da CRFB, haja vista a gradação que é feita pelo texto constitucional ao colocar a família como primeira instituição obrigada a garantir a saúde e a vida de crianças e pessoas idosas.

Além disso, com fulcro no art. 1694 do Código Civil, verifica-se que o dever de alimentos é instituído a parentes, cônjuges e companheiros, sendo entendimento consolidado em doutrina e jurisprudência, com fulcro no art. 1694, §2º do CC, que até mesmo os alimentos naturais ou primários são aptos a assegurar ao alimentado meios de garantir sua sobrevivência, incluindo-se nessa hipótese os medicamentos que lhe assegurem o direito à saúde.

Desse modo, verifica-se que o Estado, por meio do legislador constitucional e ordinário, elegeu a família como a instituição apta a assegurar aos seus membros os direitos mais elementares e fundamentais, cabendo ao Estado assegurá-los tão-somente quando a família for impossibilitada de prestá-los.

Logo, ainda que o administrado em si não possua meios financeiros de arcar com o seu tratamento médico, caso seus familiares possuam condições de prover tal necessidade, entende-se que não poderá ser o Estado obrigado a prestá-los de forma gratuita e em detrimento daqueles que realmente não possuem qualquer possibilidade de adquiri-los.

A esse respeito, vale trazer à colação ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que são fixados tais parâmetros:

Obrigação de Fazer. Fornecimento de medicamento indispensável à saúde. Embora reconhecida à responsabilidade solidária dos entes federativos, como, outrossim, a

necessidade de amparo ao direito constitucionalmente assegurado da saúde,

evidenciado na Súmula n.º 65 deste Egrégio Sodalício, faz-se necessária a comprovação da hipossuficiência, a fim de se conceder medicamentos gratuitos, diante da notória falta de recursos do Sistema de Saúde Pátrio. Entendimento deste Colendo Sodalício acerca do tema. Hipossuficiência do Autor ou de sua família que não restou comprovada. Declaração de Imposto de Renda da genitora do Suplicante demonstrando ganhos bem acima do que recebe a média da população. Titularidade da responsável pelo Autor de um imóvel situado em Ipanema, bem como investimentos que resultam em valores significativos. Apelado que estuda no Colégio Santo Agostinho e possui plano de saúde. Capacidade financeira da genitora do Suplicante em arcar com o custo dos remédios pleiteados na inicial que restou evidenciada. Impossibilidade de procedência do pleito inicial sob pena de se conceder medicamento gratuito a quem deles efetivamente não precisa, em desprestígio aos mais necessitados. Reforma da R. Sentença que se faz necessária, a fim de que seja julgado improcedente o pedido inicial Entendimentos reiterados e sucessivos dos Tribunais Superiores, o que autoriza a aplicação do § 1º- A do art. 557 do C.P.C. que se mostra possível, atendidos aos requisitos legais. Provimento a ambos os recursos.<sup>12</sup>

Desse modo, uma vez aferido após a instrução probatória que o autor da demanda possui familiares em boa condição financeira e que podem arcar com o fornecimento dos medicamentos pleiteados, seu pedido terá que ser julgado improcedente, pois em função do atual estágio de caos em que se encontra o sistema público de saúde e em atenção às disposições legais e constitucionais, a primazia de tal assistência é familiar e não estatal.

## **CONCLUSÃO**

Estabelecidas todas essas premissas, buscou-se com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais estabelecer parâmetros e critérios que norteassem a atuação jurisdicional quanto ao fornecimento de medicamentos imposto à Administração Pública em demandas propostas por cidadãos individualmente.

Deve-se salientar que, em absoluto, o objetivo buscado foi restringir ou vincular de forma direta e fechada a imprescindível atuação do Poder Judiciário, o qual representa o guardião da Constituição da República e seus direitos fundamentais.

O real intento dessa explanação foi estabelecer parâmetros objetivos que assegurem a harmonia entre os poderes e possibilitem ao juiz melhores condições de legitimidade e segurança para suas decisões, obstando tanto que vidas deixem de ser salvas como recursos públicos sejam desperdiçados.

Portanto, estabelece-se o seguinte método de raciocínio lógico para aferir se o medicamento pleiteado deve ser concedido, fazendo-se uso progressivo e gradual de cada um dos parâmetros objetivos fixados:

- 1) O medicamento tem como finalidade assegurar o mínimo existencial do direito à saúde, assegurando a sobrevivência do demandante com um mínimo de dignidade e conforto;
- 2) O medicamento pleiteado está previsto em listas de medicamentos dos entes federativos ou possui similar que assegure a mesma eficiência ou seja formulado com base no mesmo princípio ativo;
- 3) Ainda que não se trate de medicamento essencial à vida e saúde, há política pública implementada pelo Estado em que há o seu fornecimento ou que proporciona acesso a medicamentos de igual ou inferior importância; e
- 4) O demandante é de família carente e que não possui recursos para arcar com seu tratamento.

Entende-se que se utilizando o julgador de tais parâmetros não ocorrerá a indesejada ingerência excessiva do Poder Judiciário na atuação da Administração Pública,

obstando que sejam formuladas políticas públicas que atendam à totalidade da população, em atenção ao conceito de macro-justiça.

Enfim, o que se busca é uma atuação responsável do Poder Judiciário que assegure não somente o acesso a uma vida digna mas que atue em conjunto com os outros poderes constituídos, de forma a possibilitar o regular desenvolvimento do país e de suas instituições, em prestígio aos princípios da separação de poderes e da dignidade da pessoa humana que merecem ser harmonizados de forma racional ponderada.

## REFERÊNCIAS

BARATA, Luiz Roberto Barradas. “Secretário propõe ao CREMESP parceria na elaboração de protocolos.” *Jornal do CREMESP*, abril de 2005: n.212.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Uberaba: *Revista Jurídica UNIJUS*; Vol. 11; n. 15, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. Belo Horizonte: *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, 2007, ano 7, n. 82.

