



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil do Estado no fornecimento de medicamentos de alto custo para
doenças graves, sob a perspectiva de decisões recentes do STF

Monica Machado da Silva

Rio de Janeiro
2015

MONICA MACHADO DA SILVA

**Responsabilidade Civil do Estado no fornecimento de medicamentos de alto custo para
doenças graves, sob a perspectiva de decisões recentes do STF**

Artigo Científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
em Direito.

Professores Orientadores:

Nelson Carlos Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO PARA DOENÇAS GRAVES, SOB A PERSPECTIVA DE DECISÕES RECENTES DO STF

Monica Machado da Silva

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito.

Resumo: A questão jurídica ora em debate versa sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo e a responsabilidade do Estado perante os cidadãos. Neste aspecto é tema atual, tendo surgido a partir da Constituição Federal de 1988 que consagrou o direito universal à saúde e estabeleceu a responsabilidade do Estado na implementação deste direito fundamental perante a sociedade brasileira. O SUS veio como instrumento para organizar e efetivar a universalização da saúde, porém as dificuldades surgiram e com elas a judicialização deste tema de vital importância para a sociedade. Assim, o posicionamento que vem sendo construído pelo STF ao se debruçar sobre esta questão, gerará efeitos muito além das partes em conflito, refletindo no modo como a democracia brasileira tratará o tema saúde pelas próximas gerações.

Palavras-Chave: Responsabilidade do Estado. Direito à Saúde. Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo. SUS. Perspectiva do STF.

Sumário: Introdução. 1 Direito à Saúde. 2 Responsabilidade do Estado. Direito Subjetivo à Saúde. Política Nacional de Medicamentos. Jurisdicionalização. 3 Análise do posicionamento do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como enfoque a análise do posicionamento atual da mais alta corte do Brasil, no que se refere à responsabilidade do Estado quanto à distribuição através do Sistema Único de Saúde - SUS de medicamentos de alto custo para tratamentos de doenças graves, diante das numerosas batalhas travadas judicialmente, que vem fundamentando a construção jurisprudencial sobre o tema.

Inicialmente será abordado o histórico do SUS e da universalização do direito à saúde, confrontando a perspectiva do direito em face do dever do Estado e os limites impostos.

Tem-se como pilar do Sistema de Saúde Único, o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, que assim preceitua: “A saúde é direito de todos e

dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Cumprido ressaltar que a competência para o fornecimento de medicamentos de alto custo a pessoas sem condições de custeio é do Poder Público, sendo tal competência comum à União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, que deverão “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, conforme preceitua o artigo 23, inciso II da CRFB/88. Assim, todos os entes da Federação, cada qual no seu âmbito administrativo, têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde aos cidadãos brasileiros.

Neste sentido, a saúde passou a ser um direito público subjetivo com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo bem jurídico tutelado constitucionalmente, a concretização de tal direito se estabelecerá através dos programas implementados pelo SUS, dentre eles, a distribuição de medicamentos aos pacientes que não possuem condições de arcar com os altos custos dos tratamentos.

Em que pese o caráter programático da Magna Carta. O direito à saúde esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades e políticas públicas pelo administrador público.

Apesar da norma insculpida no artigo 6º da CRFB/88, mencionar expressamente que o direito à saúde é um direito social, sendo portanto dever do Estado a sua efetivação, a realidade tem demonstrado a grande dificuldade enfrentada pelos necessitados, em tornar realidade este direito e o instrumento judicial tem sido, por vezes a única opção possível para muitos cidadãos na busca de solução para seus problemas, por vezes sob risco de vida.

Diante desse quadro surgem algumas questões que merecem reflexão: Qual a responsabilidade do Estado perante o indivíduo doente? Qual o limite de custo que um

medicamento poderá vir a alcançar dentro do SUS? Quais as regras a serem observadas no fornecimento de medicamento de alto custo?

As demandas sobre estas questões vem se multiplicando nos Tribunais Estaduais e Federais, chegando até aos Tribunais Superiores e gerando repercussão não somente na esfera jurídica, mas também na esfera econômica e política. Tais demandas tem conduzido o Poder Judiciário à busca de uma sistematização para a solução jurisdicional a ser adotada, pois por meio de decisões judiciais, que obrigam o poder executivo a atender a pretensão de fornecimento de determinado medicamento de alto custo, há direta interferência no aspecto programático, estrutural e orçamentário que merecem ser sopesados.

1. DIREITO À SAÚDE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUS

A saúde, juntamente com a previdência e a assistência social, compõem o sistema da Seguridade Social no Brasil, que foi estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que no artigo 196 prescreve: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Assim, tem-se a etimologia da palavra “saúde” advinda do adjetivo latino *salus*, que significa “qualidade do que é sadio ou são”¹.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde é conceituada como: “um estado completo de bem estar físico e mental do ser humano, e não apenas a ausência de enfermidade.”²

¹MICHAELIS, *dicionário online*, disponível em:

http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/saude_1042211.html acessado em 28 de abr. 2015.

² OMS, *Constituição da*, disponível em: [http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html)

[Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html) acessado em 28 de abr. 2015

Diversamente do que se estabelece o conhecimento popular, verifica-se que a saúde de um indivíduo compreende aspectos mais amplos e complexos do que a simples condição de estar saudável.

Dessa forma, a assistência médica e o fornecimento de medicamentos correspondem a uma pequena parte dos programas e atividades, que são indispensáveis a efetivação do direito a saúde. Além desses, necessário se faz o desenvolvimento de programas em saúde preventiva, controle de doenças, que ocorrem através de saneamento básico, acesso a moradia dignas, além de programas de combate à desnutrição.

Historicamente tem-se que as políticas voltadas a implementação da saúde surgem nos primórdios da fundação do Estado, como afirma Luis Roberto Barroso em seu estudo: Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.³

O Estado passa a adotar entre os anos de 1870 até 1930, algumas ações mais efetivas na área de saúde, sendo estabelecido um modelo que foi denominado de “campanhista”, obtendo importantes resultados no combate as mais variadas epidemias.

Nesse período houve a erradicação da febre amarela na cidade do Rio de Janeiro, porém não se constata nessa época no país efetivas ações públicas curativas, que visassem ao tratamento e prevenção das moléstias. Essas ações somente eram realizadas no âmbito da medicina de iniciativa privada ou pela medicina assistencialista das ordens religiosas.

A partir do Decreto Legislativo nº 4.682/1923, mais conhecido como Lei como Eloy Chaves, foram criadas as caixas de aposentadorias e de pensão, estabelecendo os benefícios previdenciários e assistência à saúde. Este decreto é historicamente considerado como o

3 BARROSO, Luiz Roberto, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>, acessado em 11 de mai. 2015.

marco inicial da Previdência Social no Brasil, a despeito de favorecer tão somente a classe dos trabalhadores ferroviários do Brasil.

O Decreto nº 19.402/1930 criou o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública, que posteriormente se transformaria no Ministério da Saúde, através do Decreto nº 34.596/1953.

Após o golpe militar ocorrido em 1964, houve a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, sendo também criados os serviços de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência, bem como a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social.

Dessa forma, segundo Barroso⁴, todos os trabalhadores com carteira assinada, eram contribuintes e beneficiários do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.

Todavia, grande parte da população brasileira, como os desempregados, autônomos e aqueles que realizassem exclusivamente trabalhos informais, continuavam alheios ao direito à saúde, permanecendo na dependência da caridade pública, como se ainda vivessem no século XIX.

A promulgação da CRFB/88, também conhecida como Constituição Cidadã, trouxe maior proteção aos interesses do povo brasileiro contra o arbítrio, o casuísmo e o autoritarismo, tornando cláusulas pétreas a igualdade, liberdade, justiça e alternância de poder.

Conforme preceitua o artigo 5º, caput da CRFB/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

⁴ Ibidem.

propriedade”, sendo certo, que o direito a vida é o mais basilar de todos os direitos e que juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, justificam a preocupação do poder constituinte brasileiro com a universalização do direito à saúde.

Para Alexandre de Moraes⁵, “o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.”

É justamente nesse aspecto que reside a obrigatoriedade do Estado em garantir condição básica de vida aos seus cidadãos, em que sejam respeitados os objetivos e fundamentos da República Federativa Brasileira, tais como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa forma, é certo que o direito fundamental a vida permanece atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao acesso a saúde, pois a existência digna depende das prestações necessárias à prevenção, manutenção e ao restabelecimento da saúde.

O direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988 adquiriu os seguintes contornos: a) foi reconhecido como direito de todos; b) ao Estado foi imposto o dever de garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas visando a redução do risco de doença e de outros agravos; c) foi determinado que o acesso à saúde deve ser universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.35

Em razão da expressiva relevância pública referente as ações e serviços de saúde, o próprio texto constitucional atribuiu ao Poder Público a competência sobre a regulamentação, fiscalização e controle da saúde, que integram uma rede regionalizada e hierarquizada, que constitui o denominado sistema único, organizado conforme as diretrizes nele previstas.

A saúde, juntamente com a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados e a moradia é direito fundamental e social. Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aqueles preceitos positivados que visam a garantir uma convivência digna, livre e igual aos membros de uma sociedade, conforme assevera José Afonso da Silva⁶.

Acerca do estudo dos direitos fundamentais, a doutrina classifica-os em direitos de primeira, segunda e terceira geração. Há aqueles que indicam, ainda, a quarta, quinta e sexta geração de direitos. Sendo a saúde caracteristicamente um direito social, classifica-se portanto como direito de segunda geração.

José Afonso da Silva assim conceitua os direitos sociais⁷:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionais pelo Estado direta e indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais de propiciar o auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Esses são imanentes ao conceito de igualdade, como afirma Paulo Bonavides: “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”⁸.

⁶ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178

⁷ *Ibidem.*, p. 286

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.350

Como os direitos sociais exigem do Estado prestações materiais, que importam na disponibilidade de recursos e meios de efetivação aos direitos sociais, difícil se faz a efetivação das normas resultando na insegurança jurídica para a sociedade .

Diante da natureza de tais direitos, passaram eles a serem considerados como de conteúdo programático, já que destinados tão somente nortear o legislador quando da consecução da norma. Tal conceituação, segundo Bonavides⁹ precedeu a outra crise de juridicidade: a da observância e execução. Contudo, o referido autor antevê o fim desta fase, com termos das constituições recentes que, como a brasileira, de 1988, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Sendo atribuído às normas definidoras de direitos sociais cunho programático, porquanto, segundo ele, são destituídas de caráter imperativo. Assevera que tais diplomas impõem deveres de conteúdo muito mais moral de que jurídico, veiculando princípios norteadores da atuação do legislador infraconstitucional no intento de possibilitar a consecução dos objetivos traçados.

2. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DIREITO SUBJETIVO A SAUDE. POLITICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS. JURISDICIONALIZAÇÃO

A partir da Constituição de 1988, o Ministério da Saúde passa a ser o órgão do Poder Executivo Federal responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, prevenção e assistência à saúde dos brasileiros. Sendo função do Ministério da Saúde, efetivação de programas de proteção e recuperação da saúde da população, promovendo a redução e controle das enfermidades comuns, endêmicas e parasitárias e objetivando por fim a melhoria da vigilância à saúde, com intuito de possibilitar mais qualidade de vida ao brasileiro.

⁹ Ibidem., p. 806

Concretizando tais atividades temos a Política Nacional de Medicamentos, que se estabeleceu através da portaria nº 3.916¹⁰, expedida pelo Ministério da Saúde, que confere a esse órgão o poder-dever de estabelecer e concretizar ações que visem à atualização contínua da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, priorizando aqueles medicamentos de assistência ambulatorial e, ainda, que garantam a prevenção e o combate das moléstias mais comuns que atingem a população brasileira.

O governo federal conta ainda com diversos outros programas para o atendimento e a concessão de tratamentos médico-hospitalares consubstanciados em políticas públicas específicas, com vistas ao atendimento especializado de diferentes grupos sociais. Entre os objetivos de tais políticas encontra-se a ampliação da oferta de cirurgias e tratamentos médicos-hospitalares e a consequente redução das filas de espera.

Cumprir destacar que a Portaria nº 3.916, do Ministério da Saúde, criou a política Nacional de Medicamentos com a finalidade precípua de assegurar o acesso integral da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menos custo possível, a fim de que os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuem em parceria.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Estado brasileiro tratou de formular políticas públicas não expressamente previstas na CRFB/88, de forma a regulamentar o disposto no art. 196 do referido diploma legal.

Cumprir destacar que apesar de todos os programas e projetos, persistem graves dificuldades enfrentadas pela população, sobretudo a mais carente, para concretização dos seus direitos básicos. Por conta disso, o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir a fim de garantir a inclusão social e a efetivação dos direitos fundamentais.

¹⁰ BRASIL, Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998*. Disponível em: <http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-92-29-1998-10-30-3916>. Acessado em 11 de mai. 2015.

O inciso XXXV¹¹, do art. 5º da CRFB/88, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto sempre que houver violação do direito, o poder judiciário, no exercício da jurisdição, será chamado a intervir e aplicar o direito ao caso concreto.

Neste sentido, o direito de ação é direito fundamental, subjetivo, que atribui aos cidadãos a possibilidade de obter o provimento jurisdicional, “pronunciamento da justiça”, acerca de determinado caso concreto.

A pretexto de exemplificar as implicações decorrentes do reconhecimento em juízo de qualquer direito subjetivo que não esteja sendo prestado pelo poder público, Fernando Zandoná¹² assevera:

[...]se isso fosse admitido, teríamos necessariamente de admitir que todos teriam o direito subjetivo de postular em juízo, por exemplo, as seguintes prestações que, sem dúvida alguma, são necessárias para efetivação de vários direitos fundamentais: (a) alimentação; (b) educação; (c) moradia; (d) trabalho; (e) segurança; (f) salário mínimo nos moldes do art. 7º, IV; (g) saneamento básico etc. Se fosse adotada a mesma linha que vem sendo seguida no que tange ao fornecimento de medicamentos, por questão de coerência, as decisões judiciais deveriam, necessariamente, acolher, v.g., o pedido de fornecimento de alimentos. Ademais, ninguém pode defender que a prestação de "medicamentos" é mais relevante do que a de "alimentos", pois sem estes não há vida, nem saúde a ser preservada ou restabelecida por remédios modernos.

Já quanto à aplicação do princípio da Reserva do Possível ao tema, verifica-se que sua origem remonta o termo “*Numerus Clausus*”, primeiramente, utilizado na Alemanha em decisão proferida pela Corte Constitucional no ano de 1972, sendo traduzido como “aquilo que o sujeito pode razoavelmente esperar do Estado e o Estado pode razoavelmente se negar a conceder ao sujeito, sem vulnerar comandos constitucionais”. Naquela situação, dois estudantes haviam concorrido para uma vaga no curso de Medicina, nas universidades de

¹¹ BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. acessado em 28 abr. 2015.

¹² ZANDONA, Fernando. *Política Nacional ou Judicial de Medicamentos?* disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm. Acessado em 28 de abr. 2015

Bavária e Hamburgo, atingindo a nota necessária para ingresso no curso, ficando fora da quantidade de vagas existentes.

As Cortes Administrativas acionadas pelos jovens, solicitaram à Corte Alemã que se manifestasse sobre a constitucionalidade de referida regra. A Corte salientou que referida regra (*numerus clausus*) se tornou necessária diante da incompatibilidade entre a oferta e a demanda de vagas nos cursos universitários, bem como, e principalmente, para manutenção de uma estrutura adequada das instituições. Apesar das dificuldades, a Corte ressaltou que o Estado Alemão vinha envidando esforços no sentido de expandir as vagas existentes, dentro daquilo que era “razoavelmente possível”.

Nesta decisão a referida Corte afirmou que os *numerus clausus* somente limitavam o acesso dos candidatos às vagas almeçadas, sem lhes violar qualquer direito; destacou, ainda, a desnecessidade de pronunciar-se sobre a exigibilidade de tal direito, por entender não ter havido a correspondente violação, uma vez que o Estado alemão tinha agido dentro do que a corte veio a denominar como Reserva do Possível.

Ressalta-se, ainda, o pensamento de Canotilho¹³ quando diz que, “a reserva de cofres do Estado coloca problemas de financiamento, mas não implica o grau zero de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais”, ou seja, mesmo diante da impossibilidade financeira de promover as medidas necessárias para garantia do direito fundamental em questão, o Estado continua responsável pela sua efetividade, não podendo resultar na ineficácia, nem perda de vinculatividade desses direitos.

¹³ CANOTILHO, José; CORREIA, Marcus; CORREIA, Érica. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.220

Tem-se neste sentido esclarecedora decisão do STJ no RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4)¹⁴

Relator MINISTRO HUMBERTO MARTINS ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

Observa-se que na ponderação de interesses entre a reserva do possível e o mínimo existencial, consubstanciado no direito à saúde, concretizado no tratamento médico necessário para sobrevivência do paciente, há prevalência deste em relação àquele, devendo ser utilizados os meios disponíveis e necessários para realização da garantia constitucional, sob pena de descumprimento do comando constitucional.

3. ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No contexto jurídico surgem diversas discussões que compreendem, dentre outros temas, a judicialização das políticas públicas, os critérios limitadores da atuação do Poder Judiciário, o eventual ferimento ao princípio da igualdade diante da constatação de que somente àqueles que têm acesso à justiça e se socorrem do Judiciário estão sendo contemplados com prestações positivas do Estado a lhes garantir tratamentos médicos.

Se por um lado tem-se o posicionamento tradicional do STF quanto ao tema, em que infirma o entendimento de que o Poder judiciário não possui vontade própria, porquanto, ao dizerem o direito, aplicando as leis, os juízes tão somente concretizariam as decisões tomadas

¹⁴RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4). Disponível em:<<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STJ-creche%20%20tese%20reserva%20do%20poss%C3%ADvel.pdf>> Acessado em 28 abr.2015

pelo constituinte e pelo legislador, sendo certo que juízes e tribunais não desempenhariam tal atividade mecanicamente; por outro lado cabe serem interpretadas à luz da carta Magna, expressões inconclusivas e de significado subjetivo, tais como, dignidade da pessoa humana, saúde universal ou boa fé objetiva.

Nesse sentido, deve-se admitir que a judicialização das questões atinentes à efetivação das políticas públicas acarreta severas críticas quanto à sua legitimidade. Sendo necessária a delimitação pela doutrina e jurisprudência acerca da atuação do Poder Judiciário no que concerne a tutela do direito subjetivo à saúde, quanto a determinação de critérios para aplicação da norma ao caso concreto.

Cumprido ressaltar que a intervenção judicial, busca sempre ponderar quanto à possibilidade jurídica dos pedidos, em contraponto com a reserva do possível, o mínimo existencial, a teoria da separação dos poderes e o risco de ferimento ao princípio democrático.

Para tal implementação, deverão ser observados também outros critérios pelos magistrados na aplicação do direito ao caso concreto, tais como o da hipossuficiência financeira, da adequação e eficácia do medicamento, da urgência e indispensabilidade de seu uso e da necessidade de prévia negativa de fornecimento administrativo.

Sendo assim a análise da possibilidade jurídica dos pedidos de fornecimento de medicamentos de alto custo e de tratamentos médico-hospitalares de forma gratuita pelo Estado são aqueles cuja discussão acarreta na admissibilidade ou não, em juízo, do pedido.

Como proposta para solução da questão, a efetivação pelo poder público dos parâmetros previstos nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal – STF, para que a reconhecida responsabilidade do Estado seja implementada pelo SUS, dentre elas o controle dos medicamentos de alto custo, com a manutenção de estoques, listagem dos medicamentos genéricos, que visam a organização e o respeito ao orçamento e a legislação pertinente.

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS¹⁵, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário n.º 566.471¹⁶, reconheceu a repercussão geral do recurso extraordinário que trata da situação individual que pode, sob o ângulo do alto custo, pôr em risco a assistência global à saúde do todo. Os questionamentos que mais se colocam pelos entes públicos perante o Poder Judiciário em relação à questão do fornecimento de medicamentos diz respeito à divisão de competência entre os entes federados, a violação ao princípio de separação de poderes e às normas e regulamentos do SUS, a judicialização do direito à saúde, a escassez dos recursos, a ampliação do direito a pacientes que não são atendidos pelo SUS, a recusa de medicamentos que não possuem registro na ANVISA. O referido recurso encontra-se atualmente concluso com o relator desde 15/10/2014.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgR-RE n.º.271.286-8/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ12.09.2000. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286.NUME.+OU+271286.ACM.S.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n28tbo9>, Acessado em 28 abr.2015.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 566.471, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 07/12/2007 disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RERG&codigoClass e=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 28 abr.2015.

CONCLUSÃO

Dessa forma, se um lado existem os atos da Administração Pública que importam em limitações aos gastos orçamentários, dentro da esfera do que se denominou como princípio da reserva do possível, e consoante a delimitação imposta pela lei de responsabilidade fiscal, por outro lado, verifica-se que a interrupção do tratamento de saúde aos portadores de doenças graves, importa em violação da própria dignidade da pessoa humana, princípios contrapostos cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade.

Assim para que haja efetivação das normas programáticas previstas pela Constituição Federal de 1988, mister se faz a implementação de políticas programáticas em Saúde, de longo e médio prazos, objetivando alcançar gradativamente uma cobertura cada vez maior de usuários que necessitam de tratamentos e medicamentos de alto custo.

Para salvaguardar os direitos durante este processo, o Poder Judiciário tem exercido papel fundamental, por estar mais próximo da realidade apresentada através dos casos concretos expostos nas ações que representam os problemas enfrentados pela população para implementação dos direitos sociais, exercendo também fiscalização da legalidade dos atos do poder executivo, através dos efeitos das decisões proferidas.

Todavia, se faz necessário que seja alinhavado formulação de novas políticas públicas, em resposta a crescente demanda judiciária percebida quanto aos medicamentos de alto custo, uma vez que denotam o sintoma da necessidade de maior efetividade do direito à saúde, seja por meio de escolhas que aloquem recursos de modo mais coerente e competente, buscando uma melhor e maior distribuição de recursos, seja por meio de ações preventivas, visando maiores economias e redução de custos.

Assim, somente com a junção dos esforços colaborativos entre os poderes, salvaguardadas as competências e independência entre os poderes da república, mas

inspirados na harmonia e elo democrático comuns aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo tal conexão de trabalho entre os Poderes, necessária para que possamos vislumbrar uma luz no fim do túnel, percebendo a possibilidade de que as decisões judiciais, provoquem mudanças necessárias nas políticas públicas para que promovam justiça e harmonização e não desequilíbrios e injustiças.

As atuais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, denotam cada vez mais segurança jurídica no tocante ao direito à saúde. Os posicionamentos adotados pela mais alta Corte embasarão as decisões proferidas nos inúmeros Tribunais por todo o Brasil, estabelecendo assim o arcabouço para maiores progressos rumo a Universalização da Saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>, acessado em 11 de mai. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.350

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 11.341 de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111341.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Decreto 70.235 de 06 de março de 1972*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm>. acessado em 28 abr. 2015

MICHAELIS, *dicionário online*, disponível em:
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/saude_1042211.html> acessado em 28 de abr. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.35

OMS, *Constituição da*, disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> acessado em 28 de abr. 2015

ZANDONA, Fernando. *Política Nacional ou Judicial de Medicamentos?* disponível em:
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm>. Acessado em 28 de abr. 2015