



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ACESSO A MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS POR VIA JUDICIAL

Amós da Silva Bento

Rio de Janeiro
2018

AMÓS DA SILVA BENTO

ACESSO A MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS POR VIA JUDICIAL

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

ACESSO A MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS POR VIA JUDICIAL

Amós da Silva Bento

Graduado pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O direito à saúde é um direito fundamental que vem expresso na Constituição Federal de 1988. Com as ondas renovatórias de acesso à Justiça e o acesso mais fácil às informações, verifica-se nos últimos anos a crescente judicialização da medicina, principalmente, no que diz respeito a busca pelo acesso aos medicamentos de alto custo, também denominados de excepcionais, em razão da ineficiência estatal em dar eficácia ao direito em tela. Assim, o artigo tem por objetivo analisar a crescente demanda por essa forma de fornecimento de medicamentos, seus efeitos para os participantes da lide no judiciário e tentar visualizar e concluir por alguma forma de diminuição dessa demanda.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Direito a saúde. Medicamentos. Judicialização da medicina.

Sumário: Introdução. 1. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e a atuação estatal 2. A posição do Estado e ponderação dos interesses. 3. Efeitos da crescente judicialização da busca pelos medicamentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz a proposta de análise de um dos direitos mais importantes previstos na Constituição Federal, qual seja, o direito à saúde estampado no artigo 196 da Constituição Federal - CRFB, mais precisamente sob a vertente do acesso à medicamentos de alto custo, ou conforme denominado pelos entes públicos, medicamentos excepcionais.

Os constitucionalistas classificam a atual constituição brasileira como dirigente, pois além de prever direitos e garantias fundamentais, fixa metas estatais. Em outros termos, prevê os direitos e determina ao Estado (União, Estados, Municípios e DF) que lhes dê eficácia.

Contudo, apesar da expressa previsão, o que se nota é uma grande ineficácia estatal, pois há pessoas que diante das dificuldades em relação ao exercício de outros direitos assegurados acabam por adoecer, algumas em situação tão grave que necessitam de medicamentos

excepcionais e que têm acesso limitado às pessoas com elevado poder aquisitivo.

Diante dessa constatação, em que o Poder Executivo se mostra ineficiente em aplicar políticas públicas de acesso a tais medicamentos, é cada vez mais crescente o número de demandas judiciais em que se pleiteia o fornecimento desses medicamentos. Cite-se como facilitador do acesso à Justiça na busca de obtenção de medicamentos as chamadas Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça, o maior acesso às informações na era digital e o fenômeno do ativismo judicial.

Para analisar o tema proposto neste artigo, será abordada doutrina e jurisprudência de forma que se consiga discutir o fenômeno da judicialização da busca por medicamentos de alta onerosidade.

O artigo, em seu primeiro capítulo, visa a abordar o direito à saúde garantido pela Constituição de 1988 e que possui reflexos nas Constituições Estaduais, abrangendo em especial o acesso à medicamentos, o direito a igualdade, o mínimo existencial e a ineficácia estatal.

Como proposta do segundo capítulo busca-se mostrar o tema em análise sob o prisma do Estado, como o Poder Executivo trata o tema e o subterfúgio utilizado para evitar gastos no fornecimento de medicamentos aos necessitados, qual seja, a alegação de que o orçamento público está atrelado a reserva do possível e a separação dos Poderes.

No terceiro capítulo serão analisados os efeitos da crescente busca dos medicamentos tendo como meio a Justiça. Os impactos das decisões no judiciário, Estado e para os pacientes que necessitam do tratamento e que passam a depender do critério judicial.

Finalmente, conclui-se que se trata de um tema de grande repercussão, sendo certo que o Estado possui o dever de prestar assistência à saúde dos seus cidadãos, no qual se inclui o atendimento às requisições de medicamentos excepcionais em razão de determinação constitucional com vistas a garantir também o direito à igualdade e o mínimo existencial.

Entretanto, sabe-se que se de um lado há o dever constitucional de prestar auxílio à saúde do cidadão, há também que se analisar esse direito sob o prisma da sociedade para evitar que ente federativo sem condições financeiras arque sozinho com tal dever.

Assim, nesse contexto, verifica-se que se o Estado atuar imerso em políticas públicas com a implantação programas de acesso aos medicamentos excepcionais por via administrativa irá facilitar a vida do cidadão que demanda celeridade na obtenção do medicamento e retirar do judiciário diversas ações que fazem desse Poder um ativista de políticas públicas.

1. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ATUAÇÃO ESTATAL

Inicialmente, antes de adentrar especificamente no tema do fornecimento de medicamentos, cabe tecer alguns parágrafos sobre o direito à saúde, o qual aquele está inserido.

A vida constitui o bem jurídico de maior relevância tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio e não menos importante há o fundamento constitucional da dignidade humana, os quais são elementos indissociáveis.

A vida e a dignidade humana estão ligadas, ainda, ao exercício dos mais diversos direitos, dentre os quais o direito fundamental à saúde.

A respeito dos direitos fundamentais, Nagibe Jorge Neto¹ esclarece que “[...] são todos aqueles constitucionalmente assegurados que visam a proteger, assegurar, implementar ou promover a dignidade da pessoa humana [...]”

Nesse sentido, a Constituição Federal² promulgada em 1988 (CRFB), considerada por muitos doutrinadores, v.g. Alexandre de Moraes³ e Pedro Lenza⁴, como dirigente, não se furtou ao tema e trouxe em seu manto o direito fundamental à saúde nos artigos 6º e 196.

O direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, erigido à categoria de direito social pela Constituição Federal de 1988 que assumiu o Estado Democrático de Direito e que, apesar de ser uma norma programática (art. 196), para o Supremo Tribunal Federal⁵ é um dever solidário do Estado, que dele não pode furtar-se, devendo propiciar os mecanismos necessários ao exercício do direito à saúde. Assim, fala-se hoje em direitos por meio do Estado, ou seja, pode-se entender que o Estado é a ponte que liga o cidadão ao efetivo exercício do direito.

Além da previsão constitucional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶ adotada

¹ NAGIBE apud SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. *Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p.17.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. [Livro Digital]. 33. ed. rev. e atual. até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017, p.30.

⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96 - 98.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI n° 550.530 AgR*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>> Acesso em: 10 out. 2017.

⁶ Idem. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 09 out. 2017.

pelo Brasil em 10 de dezembro 1948, expressa em seu artigo 25 direitos que devem ser assegurados à todo ser humano, incluído dentre eles saúde, bem-estar, alimentação e os serviços sociais indispensáveis à vida humana.

Não bastasse, em âmbito estadual as Constituições estaduais também expressam o direito à saúde, como por exemplo a Constituição Estadual do Rio de Janeiro nos artigos 39 e 73, II.⁷

Sobre todos os comandos normativos já expostos deve-se consignar a Teoria dos 4 status do indivíduo perante o Estado de autoria de Jellinek produzida no final do século XIX que explica que o indivíduo possui 4 status perante o Estado, quais sejam (I) status passivo: em que o indivíduo é detentor de deveres para com o Estado; (II) status negativo: em que o indivíduo possui um espaço de liberdade diante das ingerências do Estado; (III) status positivo: o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue positivamente e (iv) status ativo: em que o indivíduo possui competências para influenciar a formação da vontade do Estado.⁸

No contexto do direito em tela, o Supremo Tribunal Federal⁹ entende que cabe ao Estado criar condições efetivas para o acesso à esta prerrogativa constitucional indisponível. Contudo, em que pese as ações do Estado mediante políticas públicas fornecendo hospitais, transporte para hospitais e assistência farmacêutica com a disponibilização de medicamentos ante critérios pré-estabelecidos (Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional – remédios de alto custo), isso não é suficiente e não se mostra plenamente eficaz para garantir o efetivo direito à saúde, a existência com dignidade e a igualdade, ante a sua efetivação de forma precária, pois não são raros os casos de negativa de fornecimento de medicamentos de custo elevado, assim entendido aqueles excepcionais com previsão no item 7 da Portaria MS nº 3.916/1998¹⁰ e conceituados como “utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos”.

Analisando o conceito acima exposto, nota-se que os medicamentos excepcionais têm como nota marcante a alta onerosidade. A esse respeito, insta observar que, em 2016, a renda *per capita* do brasileiro não ultrapassou 2 salários mínimos na quase totalidade dos estados e em 14

⁷ RIO DE JANEIRO. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro de 1989*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>> Acesso em: 03 mar. 2018.

⁸ LENZA, op. cit. 2012, p. 964 - 965.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI nº 734.487 AgR*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>> Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 3.916/1998*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 03 mar. 2018.

deles não ultrapassou os mil reais mensais¹¹, o que demonstra que para o brasileiro arcar com medicamentos é altamente oneroso e se torna inviável nos casos de remédios excepcionais.

Logo, diante da dificuldade financeira para arcar com o tratamento e com a atuação precária do Estado, deve-se atentar para o prisma do status positivo da Teoria dos 4 status de Jellinek, pelo qual o ser humano pode exigir medidas que visem o pleno exercício de direitos fundamentais, dentre os quais se encontra o fornecimento de medicamentos de forma gratuita para aqueles que não possuem condições econômicas de arcar com medicamentos de alto custo.

Para esses casos em que a compra de medicamentos é inviável ao paciente, o pedido de medicamentos em face do Estado que possui maior fluxo monetário torna-se necessário e demonstra a busca pelo exercício do direito constitucional à igualdade.

Contudo, registre-se que a igualdade não deve ser apenas formal, mas material que é aquela que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Quando o Estado fornece medicamentos essenciais para populações carentes vai ao encontro do texto constitucional, mas em se tratando de medicamentos de alto custo para o indivíduo o que se nota com as negativas da Administração em fornecer medicamentos é uma desigualdade material.

Nesse ponto, diante da negativa administrativa e da presença quase que invisível do Estado em vários campos sociais, deixando de prover prestações estatais que assegurem condições de existência digna, é nítida também a mácula ao mínimo existencial em que o cidadão deve ter ao menos o mínimo para viver com dignidade.

Por isso, o judiciário vem sendo cada vez mais buscado para aplicar a justiça aos casos de negativa estatal em fornecer medicamentos de alto custo. A barreira que havia quanto aos custos de acesso ao Judiciário foi superada pela primeira onda de acesso à Justiça (denominação dada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth no livro “Acesso à justiça”¹²) com a atuação de advogados pagos pelo Estado - Defensorias Públicas-, pela Lei nº 1.060 de 1950¹³, hoje com tratamento dado pelo novo Código de Processo Civil de 2015 e pelo artigo 5º, LXXIV da

¹¹ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_do_miciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2016.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31 - 49.

¹³ BRASIL. *Lei nº 1.060/1950* de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm> Acesso em: 03 mar. 2018.

Constituição Federal¹⁴.

Convém mencionar que os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal (particular x particular) e vertical (particular x estado) que irradia sobre todos os Poderes Estatais. Dessa forma, o Judiciário em sua atuação judicante deve primar pelo atendimento aos direitos que erigem junto a vida do ser humano.

Assim, da necessidade de medicamentos de elevado custo somada à precária atuação estatal, resulta na judicialização do fornecimento de medicamentos de alto custo, que para Luiz Roberto Barroso¹⁵ consiste no tratamento, apreciação e deliberação de questões de cunho político, social e moral pelo Poder Judiciário quando levados ao judiciário pelo indivíduo.

De modo que o Judiciário com seu poder de coercibilidade vem agindo de forma crescente, intervindo nas políticas públicas e exercendo o ativismo judicial¹⁶ com o fim de assegurar, diante da análise do caso concreto e ponderação de princípios e regras, o efetivo direito ao fornecimento de medicamentos.

2. A POSIÇÃO DO ESTADO E PONDERAÇÃO DOS INTERESSES

No Capítulo 1 observa-se que o acesso aos medicamentos é um direito do cidadão, exercido por meio do Estado. Aquele pode exigir deste, medidas positivas ou negativas no sentido de lhe garantir o efetivo exercício do direito fundamental à saúde, e quando não prestadas voluntariamente, é possível ao cidadão postular judicialmente os medicamentos excepcionais.

Contudo, apesar de existirem medidas do Estado como farmácia pública ou farmácia popular para dar acesso à medicamentos essenciais às pessoas de baixa-renda, nota-se que pessoas que apresentam quadro clínico de doença crônica e que necessitam de medicamentos excepcionais vêm tendo seu direito obstado pela Administração pública.

Como se fosse uma regra, o ente federativo para justificar a negativa no fornecimento de medicamento de alto custo apresenta a teoria da reserva do possível, que o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva¹⁷ assim define:

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 2.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ SILVA, De Plácido e, 1982-1964. *Vocabulário Jurídico conciso*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 659.

Consiste em critério hermenêutico, oriundo de decisão da Corte Constitucional Alemã que afirmou, quanto aos direitos prestacionais, em que se pode exigir a prestação de determinado serviço público, como educação, saúde e outros, que o atendimento à prestação de tais direitos ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de forma, racional, pode esperar da sociedade’ e das respectivas condições históricas.

Originalmente, a mencionada teoria foi expressa no caso *numerus clausus*, que tratava do acesso à educação em faculdade pública de medicina, sendo que estava atrelada à razoabilidade para o atendimento de necessidades pelo Estado prestacional. Contudo, ao ser inserida no Brasil ganhou feição financeira.

O Estado justifica assim a negativa alegando que o direito de obter medicação de elevado custo está submetido a observância de recursos financeiros e, por conseguinte, este poderia ou não adimplir sua obrigação perante o cidadão, a depender da situação dos cofres públicos.

Acrescenta ainda, que fornecer medicamentos de alto custo mesmo que seja a indivíduo identificado, certo, tem como efeito reverso causar prejuízo aos demais cidadãos da sociedade que ficariam sem a devida proteção estatal, uma vez que o orçamento público possui limites, e ao estar dando amparo para situação que demanda alto valor estaria deixando outros indivíduos desamparados.

Ainda sobre a teoria da reserva do possível, consigne-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, possui o seguinte verbete sumulado (241)¹⁸ que expressa “cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição.”

Nota-se, assim, que a mera alegação da reserva do possível não pode fazer frente à direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, principalmente quando se tem notícias de crimes cometidos contra a Administração Pública que desviam milhares de reais.

É comum que o Estado aduza ainda que não há inércia estatal na efetivação do direito em tela, pois há listas de medicamentos excepcionais expedidas e atualizadas pelo Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais de Saúde que contêm o nome das substâncias ativas que possuem cobertura estatal. Além disso, essa lista serviria como meio de se atender a uniformização, farmacovigilância, planejamento e também aos princípios constitucionais aplicáveis à

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 241*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>> Acesso em: 03 mar. 2018.

Administração Pública.

Contudo, muito embora exista tal lista oficial, por diversas vezes ocorre de haver a não aquisição do medicamento excepcional e o não fornecimento ao cidadão, seja em razão de não estar disponível ou pela demora nos trâmites legais de aquisição a que se sujeita o Estado. Não bastasse, há casos em que o medicamento excepcional está na lista, mas para outra doença que não a que acomete o paciente, ou seja, são situações nas quais o resultado é o mesmo: negativa do Estado.

Quanto à alegação de ausência de registro no Órgão Regulador – ANVISA, órgão que normatiza o uso de medicamentos e o setor, conforme previsão na Lei nº 6.360/1976¹⁹, é comum a negativa no fornecimento, uma vez que o Estado é responsável pela fiscalização e controle de produtos que interfiram na saúde do cidadão. Há, inclusive, como se verá no próximo capítulo, manifestação do Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário no sentido de se obstar a concessão de medicamentos sem registro no órgão regulador.

Ainda sobre este aspecto, há no país Tribunal relativizando a regra ante a necessidade premente do paciente em fazer uso do medicamento com eficácia comprovada, mas sem registro local²⁰, pois sabe-se que há casos em que a eficácia de medicamentos pode estar comprovada por grandes agências de outros países, mas por ausência de registro no órgão regulador local, não são fornecidos no Brasil.

Compreensível a regra, contudo deve-se sopesar com o direito à vida do cidadão, como feito pelo Tribunal do Rio Grande do Sul.

Há também a alegação de que indústrias farmacêuticas fomentariam a judicialização do acesso ao medicamento com a imposição e manutenção dos medicamentos em preços elevados, além da influência sobre médicos para adoção de determinado medicamento sempre mais caro e isso seria outro entrave para a população ter acesso direto ao medicamento excepcional sem precisar do Estado.

Noutro aspecto, é comum que o Estado levante a tese de violação a Separação dos Poderes, artigo 60, §4º III da CRFB²¹, que advém desde Aristóteles²², que visualizou a existência

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 6.360/1976* de 22 de setembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70063036537*. Relator Ricardo Moreira Lins Pastl. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172752596/agravo-de-instrumento-ai-70063036537-rs/inteiro-teor-172752606>> Acesso em: 03 mar. 2018.

²¹ BRASIL. op. cit. nota 2.

de um poder soberano com três funções distintas. E apesar dele concentrar as funções em apenas um soberano, foi a pedra de toque para a Separação dos Poderes, pois distinguiu as 3 funções. Ocorre que mais tarde, Montesquieu desenvolveu a ideia de que as 3 funções estariam ligadas a 3 órgãos distintos, autônomos e independentes.

Nesse sentido, por meio dessa teoria há funções típicas para cada Poder que o exerce independente e autonomamente, sendo que a forma de controle aceita pelo STF, é a exercida pelo sistema dos freios e contrapesos, também denominada de *checks and balances*, que evita o abuso do poder através da fiscalização mútua entre os Poderes.

Quanto ao tema proposto, o Judiciário entende que não há violação ao princípio em comento. Há em verdade, violação pelo Estado a outros princípios e garantias constitucionais, cabendo ao Judiciário intervir para exercer a correção de políticas públicas com casos concretos, que por abarcar o direito a vida, à saúde e a dignidade humana devem se sobrepor a Separação de Poderes.

Consigne-se o entendimento de que o Estado quando se opõe e cria obstáculos para fornecer medicamentos de alto custo ao necessitado de baixa-renda, está violando também o princípio basilar da dignidade de pessoa humana previsto na Constituição Federal, e por conseguinte, também viola o mínimo existencial, que é um direito inerente ao ser humano, compreende-se esse instituto no sentido de que o homem deve nascer, viver e morrer de forma digna, ter ao menos o mínimo para existir e ser feliz quando comparado aos demais da sociedade.

Perceba que o tema é de análise criteriosa e abrange temas suscetíveis de ponderação, além de ser de grande repercussão, principalmente levando em consideração o tamanho continental do país, que permite o aparecimento de grande número de casos de requisição de medicamentos de alto custo.

Por isso, o tema chegou há alguns anos ao Supremo Tribunal Federal e por meio do Recurso Extraordinário nº 566.471²³ do Rio Grande do Norte obteve repercussão geral. Neste caso, uma senhora idosa e carente que requisitou o remédio “citrato de sildenafila” em face do Estado e obteve a negativa deste em razão do alto custo e da ausência de previsão na lista oficial de medicamentos. Em sede de primeiro grau a idosa obteve vitória, tendo sido confirmado pelo respectivo Tribunal de Justiça, contudo o Estado recorreu, estando o caso pendente de

²² LENZA, op. cit. 2012, p. 481 e ss.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 566.471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf> Acesso em: 03 mar. 2018

juízo. Nele o Ministro Marco Aurélio que compõe o STF, em seu voto na relatoria, citou o professor Ricardo Lobo Torres para expressar que o mínimo existencial não tem previsão autônoma na Constituição, mas pode ser visualizado em diversas normas esparsas tais como os artigos 1º, 3º, 5º e 6º, e inclusive, expressa que na análise dos casos concretos, os direitos sociais merecem ser judicializáveis, independente de reservas orçamentárias, quando houver violação da dignidade humana.

Ainda no RExt mencionado, surgiu a tese pela delimitação do fornecimento de medicamentos de onerosidade alta, que deve ter presente os requisitos: imprescindibilidade do medicamento para concretização do direito à saúde e a incapacidade financeira para a aquisição. Estando presentes os dois requisitos, passível estará a tutela do mínimo existencial pelo judiciário, independentemente de custo ou lista, desde que seja seguro. Registre-se ainda, que a medicação pode ser tanto para o aumento da sobrevida quanto para melhoria da qualidade de vida em atenção a dignidade da pessoa humana.

Contudo, assevera-se tratar de voto, pendente o julgamento pela Corte Suprema.

No lado contrário, acolhe-se a defesa estatal quando trata da limitação do orçamento público, sendo ele finito para cuidar de toda a população.

Finalmente, entende-se que as teses da Administração Pública são coerentes, principalmente a tese da limitação do orçamento, mas ela deveria sopesar os direitos do cidadão e reconhecer a dignidade humana e o mínimo existencial do requerente, que estão ligados intimamente com a vida e o acesso aos medicamentos de alto custo. Pois para o administrador pode ser apenas mais uma negativa, enquanto para o requerente é algo essencial, que pode não assegurar a cura, mas a manutenção da vida ou ao menos a qualidade de vida.

3. EFEITOS DA CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA BUSCA PELOS MEDICAMENTOS.

É nítido nos Tribunais que é grande a quantidade de demandas por assuntos relacionados à saúde e os processos de acesso aos medicamentos não fogem à essa percepção, como constatado pelo CNJ em pesquisa sobre o perfil da judicialização da saúde²⁴ entre os anos de 2011 e 2012. Eram ações que versavam predominantemente sobre formas curativas de saúde,

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Pesquisa Judicialização da saúde no Brasil Dados e experiências*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2018.

dentre as quais estava inserido o fornecimento de medicamentos. Eram, ainda, ações em sua maioria individuais, que concediam tutela de urgência, havia pouca menção ao CNJ, à audiência pública no STF em 2009 e aos comitês estaduais de saúde.

Perceba que antes mesmo da pesquisa o CNJ já se encontrava atento ao tema, ao ponto de no uso de seu poder normativo, expedir a Recomendação nº 31 de 30/03/2010²⁵, e recomendar aos Tribunais a adoção de medidas, como *v.g.* apoio técnico de médicos e farmacêuticos, para assim possibilitar ao magistrado uma valoração mais adequada do caso concreto; evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas exceções previstas em lei; e ouvir os gestores públicos antes de apreciar medidas de urgência, dentre outras regras.

Expediu, ainda, sua Recomendação nº 36 de 12/07/2011, que dentre outras propostas, reomentou à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e às Escolas de Magistratura Estaduais e Federais a promoção de seminários para estudo e mobilização na área de saúde.

Em outros termos, verifica-se das propostas elaboradas pelo CNJ a preocupação de que o Poder Judiciário profira decisões de cunho mais técnico, tanto em relação a qualificação do magistrado, quanto ao apoio técnico de profissionais especializados.

Como exemplo de ações de cunho auxiliar, cite-se a implantação do e-Natjus²⁶, uma plataforma digital que informa ao magistrado pareceres e fundamentos de cunho científico para influir na decisão de concessão ou não da medicação.

Além da necessidade de especialização, constata-se ainda que para o Judiciário a crescente judicialização dessa forma de dar acesso aos medicamentos implica na análise de diversos mandados de segurança e outras ações concernentes que auxiliam no atravancamento da máquina judiciária. Situação que nem mesmo o aumento de gastos com despesas de Tribunais, o que inclui contratação de agentes públicos para exercer a atividade pública, consegue amenizar a situação.

Em relação ao Estado, a recusa ou embaraço em prover a determinação do artigo 196 da Constituição Federal, tem como efeito principal a constante presença no polo passivo de

²⁵ Idem. *Recomendação nº 31 de 30/03/2010*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>> Acesso em: 15 mar. 2018.

²⁶ Idem. *e-Natjus*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/e-natjus>> Acesso em: 17 mar. 2018.

demandas de fornecimento de medicação de alto custo.

Isso gera gastos desnecessários com procuradores e a movimentação de processos, pois a força de trabalho poderia estar sendo usada em outras demandas tão importantes quanto as relacionadas à saúde e que também exigem celeridade.

Dado relevante foi registrado pelo CNJ, demonstrou-se por pesquisa que no período de 8 anos (2008 a 2015) foram gastos pelo Ministério da Saúde 1 bilhão de reais somente no cumprimento de decisões judiciais para aquisição de remédios²⁷ e que quase 90% dos gastos com a judicialização refere-se aos 10 medicamentos mais caros.²⁸

Além disso, a inobservância das decisões judiciais é capaz de gerar possíveis multas em casos de descumprimento. Sobre as multas, convém mencionar que o STJ entende tratar-se de medida excepcional, em casos legitimados “para o fim de garantir o fornecimento de medicamento à pessoa que dele necessite, quando houver o risco de grave comprometimento da saúde para o demandante”²⁹. Passível ainda de ocorrência do bloqueio das verbas públicas, uma vez que a jurisprudência pátria admite essa medida no sentido de garantir o cumprimento de decisão judicial, mesmo que ausente a previsão legal.³⁰

Outra constatação é que o Estado diante da alta demanda, através do Ministério da Saúde criou o sistema S-Codes³¹, que foi introduzido inicialmente no estado de São Paulo e que permite a apuração em tempo real com a obtenção de dados do caso, como paciente, medicamentos pretendidos, advogados, a fim de identificar as questões envolvidas na judicialização do setor no Brasil e, conseqüentemente, evitar fraudes³².

²⁷ Idem. *TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>> Acesso em: 17 mar. 2018.

²⁸ Idem. *Ministério da Saúde alerta sobre os custos da judicialização*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao>> Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS: 43785 GO 2013/0259813-6* Relator: Ministro Herman Benjamin Data de Julgamento: 20/03/2014. T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: Dje 27/03/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25011464/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-43785-go-2013-0259813-6-stj>> Acesso em: 15 mar. 2018.

³⁰ Idem. AgRg no Resp nº 1469034/0174906-3 Relator: Ministro Herman Benjamin Data de Julgamento: 25/11/2014. T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: Dje 04/12/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155227179/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1469034-go-2014-0174906-3>> Acesso em: 15 mar. 2018.

³¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema S-codes*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/artigos/41922-scode>> Acesso em: 18 mar. 2018.

³² SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Sistema S-codes*. Disponível em <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/julho/28/1-a-APRESENTACAO-S-CODES-PARA-CIT.pdf> Acesso em: 18 mar. 2018.

O S-Codes na sua aplicação no estado de São Paulo produziu dados que demonstram ligeira queda na judicialização para acesso aos medicamentos em 2016 quando comparado com o ano anterior. Apesar da mínima redução, pouco mais de 300 processos dentro do estado, isso pode ser uma sinalização de que a implementação de programas de acesso extrajudicial aos medicamentos onerosos, como o Acesso SUS pode ser o caminho a ser seguido.

Acrescente-se que o caminho judicial feito pelo cidadão é capaz de gerar no administrador público a impressão de que é melhor aguardar o cidadão/paciente ou o Ministério Público requerer o acesso às medicações de alto custo por meio das ações mandamentais ou ações civis públicas no judiciário do que conceder administrativamente os remédios em demonstração à boa prestação de serviço, principalmente porque se sabe que nem todos os necessitados irão percorrer o caminho do judiciário.

Noutra ótica, é possível constatar e analisar que por vezes o custo do medicamentoso é deveras elevado e concedê-lo inadvertidamente em qualquer situação, como sugeriu o Ministro Marco Aurélio em seu voto no RE 566471, poderia ter como efeito, a depender do ente federativo, um desequilíbrio financeiro grande capaz de realmente deixar outras searas da sociedade sem a devida proteção.

Logo, em se tratando de município demandado, a questão deve ser analisada criteriosamente, a fim de que sejam inclusos como litisconsortes passivos o Estado e a União que possuem maior aporte financeiro e a mesma obrigação constitucional.

Finalmente, a verificação dos efeitos da judicialização do procedimento de obtenção de medicamentos excepcionais atinge a figura do cidadão, persona central, que diante do drama vivido para a manutenção da vida busca o judiciário, através da Defensoria Pública ou através do Ministério Público em ação civil pública³³, para ver acalentada as suas dores.

Perceba que se trata de pessoa já abalada pelo estado de saúde e que põe a sua esperança em quaisquer medicações ou substâncias criadas pela indústria farmacêutica, mas que geralmente é a única forma de garantir a vida ou vida com qualidade.

A requisição de tratamento com tais medicamentos deve ser analisada com critério pelo magistrado e com apoio técnico com o fim de evitar fraudes e proporcionar ao requerente o

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *AC nº 10313110175152001 MG*. Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 08/08/2013, Câmaras Cíveis /8ª Câmara Cível, Data da Publicação: 19/08/2013. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116343301/apelacao-civel-ac-10313110175152001-mg>> Acesso em: 15 mar. 2018.

melhor valor de justiça, pois o efeito principal da judicialização do acesso aos medicamentos é a manutenção ou não da saúde ou da vida, que passa a encontrar-se diretamente nas mãos do juiz, que deve ser ágil em sua análise, concedendo fundamentadamente o pedido de acesso aos medicamentos de preço alto em tutela de urgência prevista no artigo 300 do Código de Processo Civil³⁴, *inaudita altera pars*, postergando o contraditório a ser arguido pela parte adversa.

Dessa forma, entende-se que a demanda judicial de acesso a medicamentos excepcionais deve ser analisada e julgada por critérios que ultrapassem a seara jurídica, pois deve abranger também critérios técnico-científicos da área biológica. Trata-se de uma decisão de tamanha importância que com certeza gerará efeitos para todos no processo, seja sob o prisma do judiciário que verá a demanda aumentar ao ter que se tornar um ativista de políticas públicas, seja sob o olhar do Estado que em decorrência da má-gestão em casos nas políticas públicas, terá que arcar com os altos custos do tratamento e, até mesmo, deixar de atender as necessidades de outras pessoas, ou sob a percepção do cidadão postulante, que diante da ineficiência estatal e do alto custo do medicamento excepcional tem sua saúde e vida colocada nas mãos de um juiz.

CONCLUSÃO

A postulação judicial da medicação excepcional encontra base constitucional, por se tratar de tema inserido no direito fundamental à saúde. Nesse sentido, o cidadão diante da objeção administrativa estatal em conceder-lhe o medicamento excepcional pode exigir do Estado medidas positivas de acesso as substâncias.

Sob esse prisma, insta observar que há muito tempo o judiciário tem se tornado um ativista de políticas públicas, tomando posse de atividade de outro Poder.

A limitação orçamentária, a listagem de medicação excepcional sem abarcar vários medicamentos e a separação dos Poderes devem ser sopesadas com o direito do cidadão à saúde, ao mínimo existencial e à vida com dignidade, na medida em que estes se atrelam a vida humana.

Portanto, vê-se que o acesso ao medicamento excepcional é um tema controverso, atual e de suma importância que os Tribunais vêm enfrentando e que se encontra em análise no Supremo Tribunal Federal. Inclusive o Conselho Nacional de Justiça, vem pesquisando e se posicionando acerca do tema, expedindo recomendações, como a necessidade de especialização

³⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 18 mar. 2018.

no assunto e de apoio técnico de profissionais da área, que têm como exemplo a implementação do sistema e-Natjus que possuem como objetivo o melhor julgamento do caso.

De outro lado, o Estado também se encontra atento ao tema, pois os gastos com as decisões judiciais de acesso a medicamentos excepcionais são altos. Tanto que criou o sistema S-Codes que permite a obtenção de dados dos casos judicializados e evita a prática de fraudes. Esse sistema, no estado de São Paulo aponta que o programa ACESSA SUS de acesso extrajudicial a medicamentos excepcionais pode ser a causa da diminuição da judicialização para acesso aos medicamentos neste Estado.

Dessa forma, entende-se que para o Estado é melhor implementar políticas públicas que permitam ao cidadão a efetivação de seus direitos. O programa de acesso extrajudicial aos medicamentos ACESSA SUS é um apontamento do caminho a ser seguido pelo Estado, pois conforme o S-Codes gerou no Estado de São Paulo a diminuição do ajuizamento de ações com o fim de obtenção de medicamentos.

Logo, enquanto programas como este não forem difundidos caberá ao judiciário de forma célere, ante a premente necessidade, sopesar os direitos do cidadão com as fundamentações do Estado, interferir nas políticas públicas e decidir sobre o acesso aos medicamentos de alto custo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017421818190.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *e-Natjus*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/e-natjus>> Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Pesquisa Judicialização da saúde no Brasil Dados e experiências*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Ministério da Saúde alerta sobre os custos da judicialização*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao>> Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31 de 30/03/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>> Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. *Lei nº 1.060/1950 de 05 de fevereiro de 1950*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm> Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Lei nº 6.360/1976 de 22 de setembro de 1976*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp nº: 1469034/0174906-3* Relator: Ministro Herman Benjamin Data de Julgamento: 25/11/2014. T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: Dje 04/12/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155227179/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1469034-go-2014-0174906-3>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº: 43785 GO 2013/0259813-6* Relator: Ministro Herman Benjamin Data de Julgamento: 20/03/2014. T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: Dje 27/03/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25011464/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-43785-go-2013-0259813-6-stj>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI nº: 550.530* AgR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI nº: 734.487* AgR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº: 566.471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf> Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *AC nº: 10313110175152001 MG*. Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 08/08/2013, Câmaras Cíveis /8ª Câmara Cível, Data da Publicação: 19/08/2013. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/>>

jurisprudencia/116343301/apelacao-civel-ac-10313110175152001-mg> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 241*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>> Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70063036537*. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172752596/agravo-de-instrumento-ai-70063036537-rs/inteiro-teor-172752606>> Acesso em: 03 mar. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2016.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 3.916/1988*. Disponível em: < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Sistema S-codes*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/artigos/41922-scode>> Acesso em: 18 mar. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. [Livro Digital] – 33. ed. rev. e atual. até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NAGIBE apud SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. *Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

RIO DE JANEIRO. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro de 1989*. Disponível em: < <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>> Acesso em: 03 mar. 2018.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Sistema S-codes*. Disponível em <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/julho/28/1-a-APRESENTACAO-S-CODES-PARA-CIT.pdf> Acesso em 18 mar. 2018.

SILVA, De Plácido e, 1982-1964. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.