



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Judicialização do direito ao medicamento

Juliana Brasil Ornellas

Rio de Janeiro
2016

JULIANA BRASIL ORNELLAS

Judicialização do Direito ao Medicamento

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

JUDICALIZAÇÃO DO DIREITO AO MEDICAMENTO

Juliana Brasil Ornellas

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde a uma garantia fundamental. Trata-se de direito individual plenamente exigível, o qual o Estado deve dar a máxima efetividade. No entanto, com a má prestação do direito à saúde e por consequência, ao medicamento, pelo Sistema Único de Saúde, o judiciário se tornou um importantíssimo instrumento para a efetivação desse direito. O presente trabalho tem por objetivo abordar a postura do Poder Judiciário diante do não fornecimento de medicamentos pela Administração aos pacientes que necessitam de tratamento.

Palavras-chaves: Direito a saúde. Assistência. Judicialização.

Sumário: Introdução. 1. Legislação quanto ao direito à saúde. 2. O mínimo existencial frente à reserva do possível. 3. O sistema de freios e contrapesos e a atuação do poder judiciário ao efetivar o direito à saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a efetivação do direito à saúde, previsto expressamente, no artigo 196 da CRFB, tendo como plano de fundo o direito à vida, direito indisponível, bem maior do ser humano. Verifica-se que, com frequência, o Sistema Único de Saúde não atende as necessidades dos pacientes que necessitam de medicamentos para certo tratamento, por não ter condições financeiras de adquirir. Diante dessa falha na prestação de medicamentos, são propostas inúmeras demandas no judiciário com objetivo de obter a tutela jurisdicional adequada, que é a medida liminar, diante da urgência, que determine o fornecimento do medicamento pelo Poder Executivo.

Para a análise do tema, será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, além da histórica. O conteúdo será abordado em três capítulos e uma conclusão.

No primeiro capítulo pretende-se explanar sobre a legislação infraconstitucional que garantem o direito a saúde e a sua aplicabilidade e abordar a problemática na falha da prestação pelo ente competente.

Já no segundo capítulo procura-se aprofundar o estudo quanto ao mínimo existencial frente à reserva do possível e a interferência do poder judiciário para efetivação do direito fundamental a saúde.

No terceiro capítulo objetiva-se expor o “*Sistema de Freios e contrapesos*” e investigar casos concretos do Superior Tribunal Federal.

Por fim, conclui-se pela necessidade da intervenção do poder judiciário diante da péssima gestão da prestação do serviço público.

1. LEGISLAÇÃO QUANTO AO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, de forma inédita, fez previsão ao direito à saúde, em seu artigo 196¹. Em conformidade com esse artigo, a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, que deve prestar atendimento através de seus postos de saúde, hospitais, programas de prevenção e medicamentos. O atendimento deve ser realizado de forma universal e igualitária, ou seja, deve atender a todas as necessidades do indivíduo e deve ser garantido tudo o que ele precise.

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 março 2016.

Os entes federativos têm o dever de propiciar o direito à saúde. A Constituição Federal também prevê em seu artigo 23, II, que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Município cuidar da saúde e assistência pública. Desse modo, há uma responsabilidade entre os entes da federação quanto à efetivação do gozo ao direito à saúde.

Antes da Constituição de 1988, apenas os trabalhadores formais tinham acesso à prestação do serviço público de saúde. Com relação ao restante da população, a prestação do serviço público não era visto como um direito, mas como um favor.

Assim, o direito à saúde foi elevado a direito fundamental. Isso significa dizer que o constituinte se conscientizou de que a vida humana é o bem supremo. É da vida humana que decorrem todos os demais direitos, logo, deve ter amparo constitucional. Após a Constituição de 1988, a prestação da saúde toma um enfoque universal, não sendo restrito aos trabalhadores formais. A população, os brasileiros e os estrangeiros têm o direito constitucional à saúde.

Cumprido destacar que, quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à saúde era visto como uma norma programática que direciona o Estado a um fim social a ser seguido. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal mudou de entendimento e fixou o direito à saúde como um direito individual imediatamente exigível. Esse fenômeno é chamado de mutação constitucional, que é a forma pela qual o poder constituinte difuso se manifesta e altera o sentido do texto maior, sem, todavia afetar-lhe a letra. Há uma alteração do significado do texto, que é adaptado conforme a nova realidade na qual a constituição está inserida.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8080/90², regulamenta os artigos 196 e seguintes da

² BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.

Constituição da República Federativa do Brasil. Essa Lei dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), instrumentaliza a realização das políticas públicas de saúde no Brasil, com a finalidade de que o Estado cumpra o seu dever e efetive direitos dos cidadãos.

Em conformidade com a Constituição, a Lei n. 8.080/90, art. 7º I e II, dispõe sobre os princípios que instrumentalizam a atuação do SUS, quais sejam, o da universalidade, integralidade e equidade. O princípio da universalidade garante que qualquer cidadão brasileiro, sem nenhum tipo de discriminação, tem o direito ao acesso aos serviços de saúde.

O princípio da integralidade versa sobre a abrangência e a forma da prestação do serviço de saúde. O Estado deve implementar ações de promoção, proteção e recuperação da saúde de forma não compartilhada.

O princípio da equidade, fundado na noção de igualdade e equidade, significa dizer que o indivíduo deve ser atendido em conformidade com as suas necessidades, pois diante do quadro de diferenciações sociais deve ser atendida a diversidade. Todo aquele que necessita de ações e serviços da saúde deve ter o seu direito assegurado.

Então, o SUS é um instrumento de efetivação do direito a saúde. Trata-se de uma rede hierarquizada e descentralizada, pautada nos princípios da universalidade, integralidade e equidade.

Ademais, um pouco antes da Lei n. 8.080/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA³, em seu art. 11, § 2º, já assegurava o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente. Esse estatuto estabelece que o poder público deve fornecer não só medicamentos, mas também próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. Então, o tratamento e o que mais for necessário, devem ser fornecidos pelo Estado, de forma gratuita, aos que necessitam.

³ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.

O Estatuto do Idoso⁴, que foi editado em outubro de 2003, em seu artigo 15, § 2º assegura ao idoso a proteção integral a sua saúde. Também assegura aos idosos o fornecimento, gratuito, de medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Observa-se que as legislações infraconstitucionais garantem a assistência farmacêutica e o fornecimento de insumos terapêuticos. Cumpre ressaltar, que há uma proteção maior destinada às crianças e aos adolescentes, e aos idosos. Eles têm um tratamento prioritário e, por isso, a lei prevê, expressamente, o fornecimento de insumos.

O SUS, para dar efetividade à assistência farmacêutica, listou medicamentos que devem estar disponíveis em toda rede pública de saúde. Essa lista é chamada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

É inegável que a criação do SUS aumentou o acesso da população à saúde. Ocorreram avanços com a implementação do SUS, por exemplo, o processo de descentralização que concedeu maiores responsabilidades aos Municípios na gestão dos serviços de saúde. Entretanto, ainda é um sistema de saúde em desenvolvimento, que visa a garantir a cobertura universal e equitativa. Para o seu desenvolvimento maior, pode-se falar até em uma nova estrutura financeira.

Diante desse quadro, o SUS se assemelha a uma norma programática, ou seja, ainda não presta o serviço de forma plenamente adequada à população, mas pretende, um dia, prestar. É um sistema limitado em um ponto de vista jurídico, pois não garante ao cidadão brasileiro o direito à saúde, de forma igualitária e eficiente.

Nesse contexto, há a judicialização do direito à saúde e, por consequência, ao medicamento. O judiciário, diante da má prestação de serviços do atual sistema de saúde

⁴ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.

brasileiro, torna-se a maior ferramenta do cidadão, que não possui recursos financeiros, para custear o seu tratamento médico e remédio. Sobretudo, a saúde é um direito fundamental do ser humano, o direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida e dele decorrem todos os demais direitos.

2. O MÍNIMO EXISTENCIAL FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

A judicialização do direito ao medicamento trata de questão de saúde pública, direito fundamental previsto no art. 196 da Constituição Federal. Esse tema envolve debates sobre se pode ou até que ponto o Poder Judiciário deve interferir nas políticas públicas, matéria cuja execução é de competência do Poder executivo. Discute-se quanto ao limite do ativismo judicial e a separação dos poderes.

Em conformidade com o professor Luiz Roberto Barroso⁵, o Ativismo Judicial é uma postura adotada por determinado juiz, que tem por finalidade, através da hermenêutica jurídica expansiva, de concretizar o verdadeiro valor da norma constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão do legislativo, e até mesmo do executivo. O ativismo se dá por diferentes maneiras, como por exemplo, a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.

O ativismo judicial não é sinônimo de judicialização, pois esse está relacionado a questões de grande repercussão. De acordo com Barroso, a judicialização representa em grande parte a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o

⁵BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4.Ed. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 22/8/16.

Supremo Tribunal Federal, através do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, abstrato. A judicialização é um fato enquanto que o ativismo é atitude, ou seja, uma mudança de postura do magistrado.

A judicialização da saúde no Brasil se deu com a Constituição de 1988, que passou a reconhecer o Poder Judiciário, quando adequadamente provocado, um poderoso instrumento de implementação de Políticas Públicas.

Em meados de 1990, quando começaram a chegar aos Tribunais essas ações envolvendo o direito à saúde, era perceptível a prevalência das teses alegadas pela Fazenda Pública, no sentido de impossibilidade de se atender as demandas judicializadas relacionadas à saúde.

Com a evolução da jurisprudência, percebe-se que os Tribunais passaram a resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o mínimo existencial, assim, se iniciou a discussão do mínimo existencial frente à reserva do possível. Nesse momento, os tribunais assumiram uma postura no sentido de dar provimento as prestações jurisdicionais pleiteadas, que envolviam o direito a saúde. Esse quadro se deu a partir do ano de 2000.

No momento atual, a jurisprudência faz uma ponderação diante o caso concreto, observando as políticas públicas brasileira, efetivando o direito à saúde diante de circunstâncias graves e específicas.

A teoria da reserva do possível⁴, que tem precedente histórico alemão, significa que o Poder Executivo, através de sua administração, tem o dever de implementar e garantir o direito à saúde, entretanto, dentro das possibilidades orçamentárias, não podendo deixar de

⁴KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.29.

lado o quadro da falta de recursos estatais.

Na análise de Ingo Sarlet⁵, o Tribunal alemão entendeu que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”

Cumprido destacar que a reserva do possível não pode ser utilizada como um pretexto para justificar a ausência do Estado na implementação de políticas públicas dos direitos de 2ª geração, que são os direitos econômicos, sociais e culturais. De fato a implementação desses direitos é custosa para o Estado, entretanto, a Constituição lhe conferiu a proteção.

Por outro lado, o mínimo existencial significa a existência de um direito pré-constituído, implícito no art. 3ºIII da CRFB, entretanto, expresso nas normas que preveem a imunidade tributária. A erradicação da pobreza e marginalização é um dos objetivos da república Federativa do Brasil.

Em conformidade com o que preleciona Ricardo Lobo Torres⁶, “o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria pobreza”. De acordo com o autor, “há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias”.

No âmbito do Sistema único de saúde há uma Relação Nacional de Medicamentos essenciais (Rename). Essa lista tem como fundamento os medicamentos essenciais à saúde. Assim, se faz necessário ter por base a vida humana, pois sem essa não é possível se pensar em outro direito. O magistrado deve aplicar o princípio da razoabilidade, garantindo o direito

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126.

à vida, ao mínimo existencial, não sendo possível a prevalência da reserva do possível frente aos direitos fundamentais de extrema importância, os quais o Estado tem que garantir.

Em conformidade com o princípio da proporcionalidade, a jurisprudência⁷ vem entendendo que em casos os quais o SUS oferece tratamentos ou medicamentos equivalentes ao pleiteado, o Estado não é obrigado a custear. Nesse caso, não há ofensa ao mínimo existencial, uma vez que o Estado não está inerte.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes⁸ afirma que, “obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, como regra geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a improbidade da política da saúde existente”.

Aqui é importante comentar, de modo a demonstrar a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, a decisão dada pelo ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada 278 do Estado de Alagoas⁹. O referido Ministro decidiu pelo fornecimento de medicamento quimioterápico de alto custo que não consta na lista do SUS. Para tanto, fez as seguintes considerações: que o medicamento estava registrado na ANVISA, atestando a segurança do uso do medicamento; que a paciente era portadora de doença grave e necessitava, com urgência, do tratamento fisioterápico; que a requerente declara não possuir

⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, APL 808142020068070001 DF 0080814-20.2006.807.0001, Relator: Otávio Augusto. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5859510/apelacao-ci-vel-apl-808142020068070001-df-0080814-2020068070001>> Acesso em: 29 set. 2016.

⁸ MENDES, Gilmer Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 676.

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 278 AL. Desembargador: Gilmar Mendes, Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087082/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-278-al>>, Acesso em: 29 de set. 2016

Condições de arcar com o custo do tratamento; e que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento.

Assim, a saúde é uma norma constitucional, de eficácia imediata, sendo possível que o judiciário dê efetividade a esse direito fundamental. É necessário ter em mente a máxima efetividade das normas constitucionais, entretanto, deve observar limites. Em um Estado Democrático de Direitos não há direitos absolutos. A reserva do possível, o mínimo existencial e a proporcionalidade são esses limites que se integram e se complementam, devendo ser sopesados no caso em concreto.

3. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO EFETIVAR O DIREITO À SAÚDE.

O “Sistema de Freios e Contrapesos” também chamado de Teoria da Divisão de Poderes tem como principal objetivo evitar que um dos poderes usurpe a função do outro. Em conformidade com o artigo 2º da Constituição Federal o Legislativo, Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si.

A Constituição Federal considera o princípio da separação de poderes como cláusula pétrea, em conformidade com o disposto em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso III¹⁰.

Esse Sistema de Freios e Contrapesos ou Teoria da Divisão de Poderes foi efetivamente desenvolvido pelo filósofo iluminista Montesquieu¹¹, em sua obra *O Espírito das Leis*, que foi baseado nas obras *Política*, do filósofo Aristóteles, e *Segundo Tratado do Governo Civil*, de John Locke.

¹⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 outubro de 2016.

¹¹ MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 168.

Montesquieu¹² explicou e ampliou o sistema de divisão de poderes. Ele estabeleceu autonomia e limites de cada poder, com a finalidade de acabar com governos absolutistas. Nesse sistema de freios e contrapesos cada poder é autônomo no desenvolvimento de determinada função, entretanto, esse poder é controlado por outros poderes, sendo assim, independentes e harmônicos entre si.

Entre os três poderes há um mecanismo complexo de controles recíprocos, assim, ao mesmo tempo, um poder controla os demais e por eles é controlado. Dessa forma, os Poderes têm as suas funções típicas e também, as suas funções atípicas. Logo, nos dias atuais, o princípio da separação de poderes não é absoluto. Diante de omissões, principalmente nas que se referem a direitos fundamentais, há a possibilidade de um Poder intervir na competência de outro Poder. Isso se dá para evitar abusos.

O doutrinador José Afonso da Silva¹³ entende que o Sistema de Freios e Contrapesos é a divisão de funções entre os órgãos do poder e a sua independência não é absoluta. Afirma que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem atuar com observância no princípio da harmonia, que não significa o domínio de um poder sobre o outro e nem usurpação de atribuições, mas deve haver entre eles consciente colaboração e controles recíprocos para evitar distorções e desmandos. Deve ser buscado um equilíbrio do bem da coletividade.

O direito à saúde e, por consequência, o direito ao medicamento são direitos sociais, fundamentais e o Poder Judiciário tem o dever de intervir para efetivar esses direitos. Para tanto, faz-se necessário que o Judiciário tenha ciência quanto à necessidade do uso do medicamento pelo paciente e a sua falta de condições financeiras para adquiri-lo.

¹² Ibid. p.165.

¹³ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110-111.

Cumpra ao Poder Judiciário dar a máxima efetividade ao direito à saúde frente à omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas. Entretanto, em certas situações, há alguma dificuldade de o magistrado ter certeza quanto à extrema urgência ou não da necessidade do medicamento. Nesses casos, tendo em vista que o magistrado não tem conhecimento sobre políticas públicas de saúde, deverá solicitar perícia.

Sobre a questão de fornecimento de medicamentos, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal¹⁴ reconheceu a repercussão geral nos recursos extraordinários 566471 e 657718. Esses recursos tratam do fornecimento de medicamentos de alto custo e que não estão disponíveis na lista de medicamentos do Sistema Único de Saúde e não registrados pela Agência Nacional de Saúde.

A questão ainda está pendente de julgamento, no entanto, o Ministro Marco Aurélio¹⁵ já ofereceu voto se manifestando no sentido não dar provimento aos recursos extraordinários. De acordo com o voto do ministro, o Estado deve fornecer o medicamento de alto custo, mesmo que não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispersão em Caráter Excepcional, constante no rol dos aprovados. Entretanto, deve-se estar demonstrada a imprescindibilidade, a impossibilidade de substituição do medicamento e a falta de recursos financeiros do enfermo e também, a falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-la.

O Ministro Roberto Barroso¹⁶, em seu voto de vista, reafirmou quanto à obrigação de o Estado de fornecer os medicamentos já incorporados pelo SUS. Ressaltou que, nesse caso, apenas se exige a comprovação da necessidade do remédio e a prévia tentativa de obtenção pela via administrativa.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657718 MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23301847/recurso-extraordinario-re-657718-mg-stf>>. Acesso em: 4 out. 2016.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REs 566471 e 657718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 04. out. 2016.

¹⁶ Vide nota 15.

Por outro lado, o ministro Luís Roberto Barroso¹⁷ afirmou que se o medicamento não for incorporado pelo SUS, inclusive aqueles que forem de alto custo, em regra, o Estado não está obrigado a fornecê-lo. Assim, de acordo com o referido ministro, devem ser observados pelo Poder Judiciário, cinco requisitos cumulativos para que seja deferida determinada prestação de saúde: “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo”.

O ministro Edson Fachin¹⁸, em seu voto, considerou que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação. De acordo com ele, “as tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde”.

Portanto, a prestação individual deve ser excepcional, além de ressaltar que para tal implementação deve existir ampla produção de provas, na qual se demonstre que a opção diversa – disponibilizada pela rede pública – decorre de comprovada ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente para determinado caso “e que, de outro lado, haja medicamento ou tratamento eficaz e seguro, com base nos critérios da medicina baseada em evidências”.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

Assim, é preciso observar cinco parâmetros para pleitear ao Judiciário a prestação de medicamentos: 1) necessária à demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Mesmo que a matéria ainda esteja pendente de julgamento, é notório que no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não há dúvida quanto ao dever do Estado em fornecer medicamento aos necessitados. Percebe-se que a jurisprudência é pacífica quanto ao dar a máxima efetivação dos direitos sociais. O que se discute nos recursos extraordinários mencionados é o fato de o medicamento não contar na lista do SUS e não ter registro na ANVISA. Assim, o Supremo Tribunal Federal tende a adotar critérios para concessão desses medicamentos, sejam eles de alto custo ou não.

CONCLUSÃO

O direito à saúde foi elevado a direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. Deixou de ser uma norma programática e passou a ser um direito plenamente exigível.

O SUS, responsável pela realização do direito à saúde no Brasil, por inúmeras vezes, é falho. Desse modo o judiciário é o meio pelo qual, o cidadão que não dispõe de recursos financeiros, tem para que o seu direito seja efetivado.

Está instalado um quadro de má prestação da saúde pelo Poder Executivo e, por consequência, a má prestação de medicamentos, logo, há violação do direito maior do ser humano, o direito à vida. Diante de inúmeras demandas, cabe aos tribunais ponderar, em cada caso concreto, e se a norma fundamental foi violada e, em caso positivo, o Judiciário deverá efetivar o direito.

Não resta dúvida quanto ao dever do Judiciário de concretizar do direito fundamental à saúde. No entanto, as demandas judiciais sobre o tema são inúmeras e podem acabar de desestruturar a organização do Sistema Único de Saúde e os interesses do mercado com relação à saúde. Para que isso não ocorra, os Tribunais devem fixar critérios para conceder o direito. Por exemplo, o medicamento pleiteado, mesmo que de alto custo, deverá constar na lista de medicamentos do Sistema único de saúde ou ser registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O medicamento pleiteado deve ter a sua eficácia, quanto ao tratamento da doença, comprovada.

Conclui-se, pois, que o Poder Judiciário deve adotar medidas racionais para efetivar as inúmeras demandas que pleiteiam medicamentos e congêneres. Isso porque, a Constituição Federal, ao mesmo tempo, protege o direito universal à saúde e à ordem financeira e tributária do Estado. O direito à saúde deve ser efetivado pelo Poder Judiciário, que deve assegurar a máxima efetividade desse preceito constitucional fundamental, mas para tanto, deve observar critérios razoáveis para a sua concessão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidad Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4.Ed. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 22/8/16.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 março 2016.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, APL 808142020068070001 DF 0080814-20.2006.807.0001, Relator: Otávio Augusto. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5859510/apelacao-ci-vel-apl-808142020068070001-df-0080814-2020068070001>> Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, STA 278 AL. Desembargador: Gilmar Mendes, Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087082/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-278-al>>, Acesso em: 29 de set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 04.10.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. REs 566471 e 657718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 04. out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657718 MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23301847/recurso-extraordinario-re-657718-mg-stf>>. Acesso em: 4 out. 2016.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MENDES, Gilmer Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

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

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.