

O DIREITO À SAÚDE E A OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS¹

Patrícia Freitas Soares de Moura²

Resumo: O trabalho trata da obrigação do Estado em fornecer medicamentos, sabemos que essa obrigação existe, se ampara na Constituição Federal 1988, porém o Estado não consegue suprir essa demanda. O trabalho abordará a legitimidade do judiciário em atuar e como se deve dar essa atuação no que concerne ao fornecimento de medicamentos de forma a garantir a racionalização e a universalização do atendimento da população

Palavras-Chave: Direito à saúde. Direito à vida. Fornecimento de medicamentos.

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais. 1.1. Princípios e Regras. 1.2. Teorias Interna e Externa. 1.3. Suporte Fático. 1.4. A Dignidade da pessoa humana. 2. Direito à Saúde como Direito Fundamental. 2.1. O Sistema Único de Saúde. 2.2. Medicamento. 3. O Judiciário. 3.1. A judicialização do direito à saúde. 3.2. A teoria da argumentação jurídica. 3.3. A reserva do possível. 3.4. Standards jurídicos. 3.5. A judicialização como solução. 3.5.1. Varas especializadas. 3.6. Atualização da lista RENAME. 3.7. A prioridade para o hipossuficiente. 3.8. Redução dos impostos. 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

¹ Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, na data de 31 de junho de 2014, sob orientação do prof. Mestre Bernardo Augusto Ferreira Duarte, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

²Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Orientador: Bernardo Augusto Ferreira Duarte.

INTRODUÇÃO



presente trabalho abordará o tema “Direito à Saúde³ e a obrigação do Estado em fornecer medicamentos”. Não há dúvida que a saúde é a principal forma de se concretizar a dignidade da pessoa humana, princípio ao qual todo ordenamento deve observar. O trabalho tratará do dever que o Estado tem para com a população com ênfase na obrigação referente a medicamentos.

O trabalho pretende alcançar a melhor forma de fazer cumprir as normas constitucionais que definem o direito à saúde como direito social, direito fundamental para que os cidadãos tenham vida com dignidade. Não há como falar de vida se não houver saúde. Daí entende-se o porquê de o constituinte incluir o direito à saúde no rol de garantias fundamentais.

A propósito, de início é preciso ressaltar que, segundo a Constituição Federal de 1988, a saúde é direito de todo o cidadão e um dever do Estado. A mesma Constituição estabelece garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros, residentes ou não no país. Ademais, o acesso ao sistema de saúde, que adensa o conteúdo do Direito Fundamental em comento, pretende-se universal, o que significa que cada um e todos os brasileiros podem e devem usufruir, através de políticas públicas, da proteção e recuperação da saúde.

A despeito disso, como o Estado não está completamente preparado para suprir esta necessidade pelas instâncias administrativas, frequentemente a população recorre ao judiciário a fim de requerer prestações relacionadas às suas necessidades básicas, o que se dá, por exemplo, por meio de pedidos por fornecimento de medicamentos que não estão, em regra, incorporados entre aqueles que são fornecidos pelo SUS.

³ Saúde: A Organização Mundial da Saúde - OMS define saúde como “o completo estado de bem-estar físico, mental e social”.

Estas demandas judiciais são de extrema importância, pois propiciam a realização não só de uma norma constitucional que veicula um direito fundamental com eficácia jurídica imediata, mas de um direito fundamental social, cuja natureza prestacional positiva implica uma série de desafios práticos e disputas teóricas.

No entanto, não há dúvidas de que a capacidade financeira do Estado para atender às demandas é precária. Por isso, é necessário trabalhar com a reserva do possível, mas sempre com atenção redobrada em relação ao caráter deontológico do Direito.

Portanto, fica clara a importância da pesquisa a ser desenvolvida, com o objetivo de buscar soluções para a dificuldade enfrentada pelo Estado em cumprir sua obrigação. Afinal, quando se comprova a existência de um direito subjetivo à saúde, prestações que se ligam ao mesmo não podem ser simplesmente negadas àqueles que são os titulares do Direito Fundamental em questão.

A seguir, trataremos especificamente da necessidade relacionada aos medicamentos não fornecidos pelo poder público e demandados em juízo. Sabemos da complexidade do tema, mas tentaremos buscar respostas para perguntas do tipo: (1) Se o medicamento pleiteado não está inserido nas políticas públicas existentes, é justa e legal a interferência do Poder Judiciário na questão; (2) Os direitos sociais inseridos no texto constitucional podem ser tomados por uma perspectiva mais individual do que coletiva; (3) Se é fato que se existem demandas individuais, existem necessidades a serem satisfeitas; como, pois, devem ser solucionadas as ações individuais?; (4) A justificativa de insuficiência financeira para atender a toda a demanda social é aceitável quando se trata de um direito fundamental? ; (5) Como o Estado poderá definir estratégias para solução de demandas não atendidas;

O estudo abordará as diversas posições desenvolvidas

por doutrinadores sobre o tema, no intuito de buscar uma estratégia que possa auxiliar não apenas a administração pública, mas também o Poder Judiciário no atendimento às diversas demandas.

Abordaremos, pois, questões atinentes ao direito á vida, à saúde, ao princípio da dignidade humana, à reserva do possível, ao mínimo existencial, à eficiência e à organização administrativa. Pretendemos apontar requisitos a serem observados nestas demandas, tendo em vista as peculiaridades da prestação em casos concretos. Afinal “cada caso é um caso”, pelo que é impossível seguir regras fixas e completamente pré-determinadas sobre o assunto. Passemos, assim, à análise dessas questões deveras complexas e instigantes.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Fundamentais, como o próprio nome diz, são direitos básicos, relacionados às necessidades fundamentais do ser humano. São constructos que acompanham a evolução histórica da sociedade, ou seja, são o produto das transformações, sociais, políticas, religiosas e ou econômicas. Sem eles não há vida digna. Por isso, esses Direitos estão amparados em diversas normas de nosso ordenamento jurídico.

Como afirmava Norberto Bobbio (1992, p.25):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Os direitos fundamentais formam, assim, o alicerce do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. São normas positivadas pela Constituição Federal/1988 de eficácia e aplicabilidade imediata (art. 5º, §1ºda CRFB/88). No entanto, no decorrer dos capítulos veremos que a expressão

“aplicabilidade imediata” não significa que todos os direitos fundamentais são norma de eficácia plena.

Embora não seja entendimento unânime, podemos afirmar que as normas referentes aos direitos fundamentais surgem do princípio da dignidade humana e trazem ao Estado uma competência positiva que diz respeito aos direitos prestacionais, relativos às ações que o Estado deve adotar para atender às necessidades fundamentais garantidas por nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma esses Direitos estabelecem proteções negativas, que, dizem respeito ao dever de abstenção, isto é, ao não impedimento, por parte do Estado, de ações dos particulares. Nesse sentido temos o dever de, não afetação de propriedades e situações jurídicas e não eliminação de posições jurídicas.

Os direitos fundamentais seriam aqueles direitos ligados à liberdade e à igualdade, positivados em nosso ordenamento jurídico, ou seja, são aqueles que nascem da própria condição humana e que são ou estão previstos no ordenamento constitucional. Não se pode desconsiderar que os direitos fundamentais se solidificaram a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. (ALVES, 2012).

Tendo em vista os diversos entendimentos encontrados pelos mais renomados doutrinadores, bem sabemos que conceituar os direitos fundamentais é tarefa bastante complicada. Um conceito superficial nos dirá, em poucas palavras, que os direitos fundamentais são proteções ligadas às necessidades básicas, ou bem como o nome diz, fundamental para a sobrevivência. Os direitos fundamentais norteiam o ordenamento jurídico no sentido de garantir vida digna, livre e igual.

Embora sejam considerados fundamentais ao ser humano, é quase unanimidade na doutrina e jurisprudência que, os direitos fundamentais não são absolutos, já que podem ser relativizados, em razão da necessidade de se encontrar harmonia em face dos diversos direitos previstos no ordenamento jurídi-

co.⁴ Surge, então, a necessidade de restrições como forma de solucionar conflitos.

Conforme exemplifica Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p.230):

[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. [...] Até o elemental direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Nos casos de conflito entre os direitos fundamentais, não existe uma regra absoluta, que possa solucionar tal conflito de forma apriorística. Portanto, é necessário analisar o caso concreto na busca de um consenso, que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos direitos em conflito.

Como nos indicam as jurisprudências a seguir, os Direitos Fundamentais podem ser limitados⁵, porém devem ser sempre compatíveis com as normas constitucionais e acatados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade com o fim de proteger um bem jurídico. Veja, por exemplo, o que diz o Ministro Celso de Mello, relator do RMS 23.452/RJ, julgado pelo Pleno, e publicado no DJ de 12.05.2000, p. 20:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, *desde que respeitados os*

⁴ Importante registrar, que existem estudiosos, como nosso orientador, que defendem que os direitos não são absolutos porque podem não estar presentes, isto é, não protegerão as pretensões daqueles que os alegam, e portanto não se justificará. Para Duarte, eles não vão ceder à lógica do custo e benefício quando, de fato, estiverem presentes no caso concreto.

⁵ Os direitos fundamentais de eficácia limitada são normas de aplicabilidade mediatas, indireta e reduzida, não possuem eficácia positiva desde sua entrada em vigor, necessitam de norma futura, ou seja necessita ser regulamentada por meio de lei para que possa ser aplicada.

termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - *permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social* e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (GRIFOS NOSSOS)

É importante ressaltar que falar de restrição a direitos fundamentais não se trata de violar direitos, mas sim descobrir o limite do âmbito de proteção do direito em conflito com outro.

1.1 PRINCÍPIOS E REGRAS

Para tratarmos das limitações ou restrições dos direitos fundamentais, é indispensável conceituarmos princípios e regras, os dois grupos de normas jurídicas.

Os direitos fundamentais são normas que possuem uma “estrutura flexível e complexa”, e sua qualificação como regras e princípios é uma questão de interpretação, e como expõe Vale (2009, p.129), citado por Lorena Duarte Santos Lopes, “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios”.

Existem várias doutrinas apontando critérios para definição entre regras e princípios. No entanto vamos nos amparar nos estudos de Robert Alexy, que defende a necessidade da definição e diferenciação de regras e princípios para alcançar uma teoria apropriada sobre as restrições dos direitos fundamentais, e ainda, para definir critérios para tratar as colisões entre esses direitos.

Para Alexy, tanto as regras quanto os princípios são

normas, e ambos expressam um dever, uma permissão ou uma proibição. O que existe entre estes, é uma “diferença qualitativa”. Ele afirma que “[...] as regras tem o caráter de *mandados definitivos*.” (1997, p. 162), são determinações concisas que não deixam dúvidas quanto à sua interpretação e devem ser cumpridas de forma integral ou não cumpridas. Nesse aspecto, ele concorda com a posição defendida por Ronald Dworkin em 1967, segundo a qual a aplicação de uma regra redundará sempre no ‘tudo ou nada’: ou se aplicam, e são consideradas válidas, ou não se aplicam, e são declaradas inválidas.

[...] se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente o que ela exige; nem mais nem menos. Assim, regras conteriam determinações já desde sempre fáticas e juridicamente possíveis (ALEXY, 2008, p.90-91 apud DUARTE, 2011, P.160).

Portanto, na visão de Alexy (1997, p. 162), “as regras tem o caráter de mandados definitivos” enquanto que os princípios seriam caracterizados como “mandados de otimização”. Estes devem ser executados na “maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos”.

A distinção entre regras e princípios será de fundamental importância na solução de conflitos entre os direitos fundamentais. De acordo com os estudos de Robert Alexy, um conflito entre regras só será solucionado se uma das regras for considerada inválida, enquanto que num conflito entre princípios a solução seria a escolha do princípio que melhor atenda às particularidades de determinado caso.

Portanto, não há que se falar em invalidade do princípio que não prevalece no caso concreto, mas, apenas, que ele não conduz à melhor solução para aquela situação. Nesse sentido, os princípios serão utilizados a partir das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo, pois, mandamentos *prima facie*, como expli-

ca a citação abaixo:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados ‘princípios formais’. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* das regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*. O fato de o enfraquecimento de seu caráter definitivo não fazer com que as regras passem a ter o mesmo caráter *prima facie* do princípio constitui apenas um lado da questão. O outro lado é que, mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, os princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras [...] Portanto, mesmo à luz dos necessários refinamentos acima apresentados, regras e princípios continuam a ter um caráter *prima facie* distinto. (ALEXY, 2008, p. 105)

1.2 TEORIAS INTERNA E EXTERNA

Embora exista consenso sobre as limitações dos direitos fundamentais, ainda há divergências concernentes a se tais limitações são definidas de forma completamente *a priori*, a partir da delimitação dos limites imanentes do Direito (teoria interna), ou se esses limites decorrem de restrições externas ao direito, cuja proporcionalidade deve ser necessariamente analisada em situações concretas (teoria externa).

A teoria interna defende que o importante é a análise do “direito em si”. Como ela não acredita que os direitos realmente entrem em rota de colisão, as supostas restrições acabam

sendo solucionadas a partir da delimitação do conteúdo dos Direitos Fundamentais em jogo. Isso se dá a partir de delimitação dos limites imanentes dos Direitos em questão, com base no texto da Constituição.

A teoria interna afirma que a definição prévia do conteúdo do direito confere maior segurança à interpretação da norma, o que evitaria o risco do subjetivismo. Nesse contexto, a tarefa do intérprete é a identificação do direito, a partir da delimitação de seus limites imanentes. Se uma prestação estiver amparada pelo Direito ela deverá ter proteção absoluta. Caso contrário, não haverá direito, pelo que a suposta “restrição” afigura-se como meramente aparente. Em outras palavras, poderíamos dizer que, com base na teoria interna, os Direitos não englobariam toda e qualquer posição, em decorrência de seus limites imanentes.

A teoria externa, por sua vez, estabelece uma diferença entre o Direito e as suas restrições. Ela se compatibiliza com a teoria principiológica de Robert Alexy, segundo a qual os direitos fundamentais, quando assumem a forma de princípios, consagram obrigações *prima facie*, que podem ser restringidas nos casos concretos, desde que isso se mostre razoável e proporcional. Assim, a técnica da ponderação⁶, assume posição elementar para a aferição da proporcionalidade, ou não, das restrições externas aos Direitos Fundamentais.

É oportuno dizer que a técnica de ponderação ou sopesamento tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros e tem sido considerada, pela maioria da doutrina, ideal na solução de conflitos. Consiste em uma técnica de decisão de *casos difíceis*, que propicia uma conciliação dos princípios em conflito, de modo a indicar qual deles será aplicado para a melhor solução do caso concreto.

⁶ Trata-se da técnica da ponderação em sentido amplo, que engloba, as três etapas do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Robert Alexy, citado por Natália Braga Ferreira (2010, p. 124) identifica a ponderação como maneira de “aplicação exclusiva dos princípios”, e assegura que:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação. (2007, p.64)

Ainda sobre o conceito de ponderação, Ana Paula de Barcellos em seu artigo “Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional”, acrescenta que:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês ‘*hard cases*’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso. (2008)

Quando o intérprete determina a exclusão de determinado princípio, não quer dizer que tal princípio deixa o ordenamento jurídico, apenas não foi considerado o mais apropriado para solução daquele determinado caso. Essa escolha do princípio mais adequado é a chamada ponderação.

Assim, para a teoria externa, os direitos fundamentais admitem restrições. Ela propõe a identificação da delimitação do conteúdo da norma e a restrição ao direito fundamental, de modo que possa ser identificado o conteúdo a ser protegido. Na concepção de Alexy, a aplicabilidade das teorias depende da definição das normas, se consideradas regras aplica-se a teoria interna, se consideradas princípios aplica-se a teoria externa.

1.3 SUPORTE FÁTICO

Continuaremos a nos amparar nos estudos de Robert Alexy, que trata os direitos fundamentais a partir da teoria do suporte fático e propõe a análise dos elementos fáticos e jurídicos, para a definição do âmbito de proteção direito.

A teoria do suporte fático fornece embasamento para a elaboração de decisão jurídica sobre os direitos fundamentais. Ele trata o fato ou conduta que, por relevância do tema, tornou-se objeto da norma jurídica.

Na realidade, existem duas teorias acerca do suporte fático. Alguns defendem uma teoria do suporte fático restrito, enquanto outros adotam a tese do suporte fático amplo.

A teoria do suporte fático amplo não pretende determinar *a priori* o que seria protegido, ou não, pelo âmbito de proteção de um Direito Fundamental, por entender que esta determinação seria feita a partir da análise das possibilidades fáticas e jurídicas de otimização. (ALEXY, 2008, p. 305-306). Nesse sentido, a tese do suporte fático amplo se liga à teoria externa dos Direitos Fundamentais.

A teoria do suporte fático amplo é bastante criticada, uma vez que, por ela, *a priori*, qualquer conduta estaria incluída no âmbito de proteção, causando uma infinidade de colisões e, por consequência, a necessidade da ponderação para solução dos conflitos. (DUARTE, 2011, p. 176) Assim, *prima facie*, o direito englobaria “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental” (SILVA, 2009, p. 109). Isso, praticamente, eliminaria o potencial delimitador da Constituição, das leis regulamentadores e das políticas públicas.

Já a teoria do suporte fático restrito, na contramão do que aponta a tese do suporte fático amplo, intenta excluir da

proteção dos Direitos Fundamentais algumas prestações, e isso por considerá-las inadequada à própria Constituição. Ela se liga, portanto, à teoria interna. Assim, alguns dirão, os direitos fundamentais adquirem características de regras, em que as restrições não decorrem da ponderação, mas dos limites iminentes que lhe são internos.

Obviamente, por acreditar que a ponderação seria inevitável para uma teoria dos princípios, e por crer que essa seria a forma mais usual dos Direitos Fundamentais, Alexy se filia à teoria do suporte fático amplo.

1.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Foi criada em 1945 a Organização das Nações Unidas⁷, composta por líderes mundiais decididos a não tolerar barbaridades como as que haviam acontecido durante a segunda guerra mundial. Iniciaram, então, a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada, em 1948, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

O documento não tinha força jurídica, porquanto fora visto apenas como uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas, mas com força mundial, em busca da igualdade e a dignidade das pessoas.

A dignidade da pessoa humana passa a ser um princípio universal, previsto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Em 1988, após vinte e um anos de regime autoritário, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Bra-

⁷ Organização das Nações Unidas: é uma organização internacional cujo objetivo declarado é facilitar a cooperação em matéria de direito internacional, segurança internacional, desenvolvimento econômico, progresso social, direitos humanos e a realização da paz mundial

sil, também conhecida como “*Constituição Cidadã*”, como foi assim chamada por Ulysses Guimarães, devido à grande quantidade de normas voltadas à garantia da cidadania. Uma de suas funções foi romper formalmente com o regime de exceção, abrindo portas para a construção de um Estado Democrático de Direito no Brasil.

Nesse sentido, a nova Constituição, já em seu artigo primeiro, inciso III, estabelece, como um dos fundamentos do Estado, a dignidade da pessoa humana. Logo em seguida, o seu art. 5º, *caput*, garante a vida como direito inviolável.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; (grifo nosso)

[...]

Art. 5º 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 propriedade [...]

Segundo Alexandre de Moraes (2007, p.46-47) "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida [...]". Ainda, segundo o autor, "o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos".

Portanto, a vida e a dignidade da pessoa humana, que se encontram amparadas pela lei maior, a Constituição Federal/1988, bem como por outras normas e tratados internacionais, são o fundamento de todo o ordenamento jurídico, que garante não apenas a vida, mas, vida plena e digna.

Surge então um dilema: a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto? Para essa questão, Leo Van Holthe,

orienta que:

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental e, como tal, deve ser harmonizado (princípio da concordância prática ou da harmonização) com os demais princípios constitucionais, apesar de sua inquestionável supremacia valorativa. Com isso se quer dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, devendo necessariamente ser relativizado e submetido a um juízo de ponderação no caso concreto. (2007, p. 85)

Concordamos com o autor e, nesse sentido, defendemos que a dignidade é passível de relativização. Em complemento, citamos os dizeres do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que amparado em Robert Alexy, defende o seguinte:

o princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem de comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições. (1993, apud MENDES, 2010)

Portanto o principio da dignidade precede todos os outros princípios no entanto isso não lhe faz absoluto mas lhe dará preferência quando em conflito com outros.

2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A saúde é um direito natural, que, ao longo da história foram reconhecidos e incorporados nos textos das Constituições. Todos os demais direitos são consequência da proteção da vida e o direito à saúde, como um direito fundamental, tem seu fundamento na vida. Não há como desvincular um do outro, já que sem saúde não há vida.

No entendimento de Canotilho (1998, p. 359), os direitos fundamentais são aqueles direitos em que a Constituição de um país denomina como fundamentais à pessoa humana e não há dúvida de que o Direito à Saúde está assegurado por dispo-

sitivos na Constituição da República Federativa do Brasil/1988, como podemos citar os artigos 6º, 196º, e demais que veremos no decorrer da pesquisa.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

[...]

Art. 196. 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. (BRASIL, 1988) (Grifos nossos)

Segundo o artigo 196, incumbe ao Estado o dever de atender às necessidades, referentes à proteção e restauração da saúde, de todos os cidadãos. Portanto:

O Estado é responsável, tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doenças é, consequentemente, parte do direito à saúde. (ARAÚJO, 1997, p.47).

Obviamente, como direito fundamental a saúde se submete ao que preceitua o art. 5º, §1º:

Art. 5º 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 propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Observamos, no art. 5º, o princípio da universalidade, que determina o acesso universal e gratuito a todo cidadão, brasileiro ou estrangeiros residentes no país, de todas as classes sociais, e não somente aos menos favorecidos, atendendo a toda a coletividade independente da situação em que se encontrem⁸. As ações garantidoras dos direitos fundamentais têm sua

⁸ Alguns defendem que a universalidade seria um princípio geral do Direito. Segun-

aplicação imediata, porém não são absolutas na medida em que podem ser limitadas.

A saúde, como direito social fundamental, foi consagrada também no Direito Internacional, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948. Esse documento declara ser a saúde e o bem-estar da humanidade direitos essenciais do ser humano.

Art. 25 §1 Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar próprios e de sua família, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948)

No mesmo sentido, nas convenções e nos tratados internacionais, reconhecidos e ratificados pelo Brasil, também são encontradas referências ao direito à saúde. Isso é percebido, por exemplo, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado no Brasil em 1992, que em seu artigo 12, inciso I, prescreve que os Estados signatários reconhecem o direito de “toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

Vale ressaltar que, em respeito ao que determina o Art. 5º, §2º, da Constituição, que, para muitos autores, estabelece no Brasil um sistema de vasos comunicativos em termos de Direitos Fundamentais, os Direitos elencados na nossa carta maior são meramente exemplificativos. Isso significa que eles não excluem outros direitos decorrentes do regime ou dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais

do *Miguel Reale*, em seu livro *Lições preliminares de Direito, princípios gerais do Direito* “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do *ordenamento jurídico* em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas.” Os princípios no *direito* são os alicerces do ordenamento jurídico, informando o sistema independentemente de estarem positivados em *norma legal*.

em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, adotando a posição defendida, por exemplo, por Flávia Piovesan (2012), segundo a qual os tratados que versem sobre Direitos Humanos seriam, todos eles⁹, de hierarquia constitucional, sobretudo em vista da matéria por eles regulada, gostaríamos de defender que as normas relativas ao Direito à saúde sempre devem privilegiar, o máximo possível, a dignidade humana. Nesse sentido, em caso de conflito entre uma norma interna e uma norma internacional ratificada pelo Brasil sobre o assunto, deverá prevalecer aquela que melhor garantir a dignidade humana. Obviamente, entretanto, isso só poderá ser analisado por meio de uma ponderação no caso concreto.

Voltando à caracterização da saúde, é oportuno dizer que ela diz respeito à qualidade de vida e, portanto é essencial para que o ser humano tenha vida digna, conforme também afirma Luiz Antonio Rizzato Nunes, “[...] como se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não fosse assegurada saúde [...]” (NUNES, 2002, p.40). É tratada como um direito “fundamentalíssimo”, também por Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 3) que refere ser:

[...] elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e a integridade física. (SARLET, 2002, p.3)

No artigo 198, a Constituição Federal, estabelece a existência de um Sistema Único de Saúde (SUS): “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e

⁹ A despeito da posição hoje majoritária no Supremo, no sentido de que apenas aqueles tratados que forem incorporados de acordo com a norma do Art. 5º, §3º, da Constituição, poderiam se equiparar, hierarquicamente, às emendas à Constituição. Os demais tratados que versam sobre direitos humanos, e que já foram incorporados no Brasil, atualmente são considerados pela posição majoritária da Corte como normas de status supralegal, mas infraconstitucional. Para mais detalhes, vide (PIOVESAN, 2012, p. 107 e seguintes)

hierarquizada e constituem um sistema único”.

Este Sistema Único de Saúde está descrito em duas Leis Orgânicas, a Lei 8.142/90 “que dispõe sobre o seu objetivo, as regras de composição, regularidade de funcionamento das instâncias colegiadas do SUS – o conselho e a conferência de saúde – e transferências intergovernamentais de recursos” e a Lei 8.080/90 que “traz dispositivos relacionados com o direito universal, relevância pública, unicidade, descentralização, financiamento, entre outros, enfatizando a definição das atribuições de cada esfera de governo dentro do novo sistema” (BAHIA, 2008).

Não há dúvida, pois, de que os direitos e garantias fundamentais à existência humana estão positivados em nosso ordenamento jurídico. Tal conquista se deu no decorrer do tempo e buscou proteger a dignidade e a cidadania da população. Com a evolução constante da sociedade, criam-se novas demandas e a necessidade de novas estratégias para que possam ser supridas as novas realidades de forma justa e igualitária, respeitando as especificidades de cada caso concreto.

Nesse sentido, é necessário estar atento a tudo isso para que seja alcançada uma decisão justa, em sede jurisdicional, não apenas em demandas individuais, mas também coletivas, quando questões afetas a esse direito chegarem a essa instância. Vale destacar, assim, a observação feita pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes¹⁰, que afirma que o direito à saúde é um direito fundamental, e representa “um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais”.

2.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a prote-

¹⁰ Sessão de abertura da Audiência Pública de número 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 27.04.2009 e proferida pelo seu então presidente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Vídeos da Audiência Pública disponíveis no site www.stf.jus.br.

ção à saúde é condição para existência digna da humanidade. Em vista disso, descreve que o Estado deve assegurar a sua garantia por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Posteriormente à sua promulgação, foram elaboradas leis que regulamentaram o sistema, versando sobre a sua estrutura, organização e funcionamento, como as já citadas Leis Orgânicas 8.080/90, que trata especificamente da organização do Sistema, e a Lei 8.142/90, que determina os critérios de repasse de verbas para o SUS.

O Sistema Único de Saúde é constituído pelo "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público", conforme artigo 4º da Lei Orgânica da Saúde 8080/1990.

A Constituição Federal assim define o Sistema Único de Saúde:

Art.198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I. Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III. Participação da comunidade

§ 1º - O sistema único de saúde será financiado nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º - União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso

II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º - Lei complementar¹¹, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Muni-

¹¹ Lei complementar 141/2012:

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Art. 9º Está compreendida na base de cálculo dos percentuais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios qualquer compensação financeira proveniente de impostos e transferências constitucionais previstos no § 2º do art. 198 da Constituição Federal, já instituída ou que vier a ser criada, bem como a dívida ativa, a multa e os juros de mora decorrentes dos impostos cobrados diretamente ou por meio de processo administrativo ou judicial.

Art. 10. Para efeito do cálculo do montante de recursos previsto no § 3º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º, devem ser considerados os recursos decorrentes da dívida ativa, da multa e dos juros de mora provenientes dos impostos e da sua respectiva dívida ativa.

Art. 11. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão observar o disposto nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas sempre que os percentuais nelas estabelecidos forem superiores aos fixados nesta Lei Complementar para aplicação em ações e serviços públicos de saúde.

cípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Em seu artigo “Da efetivação do direito à saúde no Brasil”, Andrade (2014) explica que “o SUS é o responsável por garantir o acesso pleno da população brasileira à saúde”, porém o SUS é um sistema que funciona “como uma estrutura organizada, submetida a princípios e diretrizes legalmente estabelecidos.” O SUS é uma rede administrada de acordo com as especificidades de cada região e tem o dever de atender às demandas relacionadas à saúde, através dos serviços públicos prestados.

O Brasil tem uma população estimada em 201.032.714 habitantes, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O dado, referente à 1º de julho deste ano, foi publicado no "Diário Oficial da União" em agosto de 2013 e, conforme publicado no portal “Política Nacional de Atenção Básica¹² (PNAB) o Brasil é o único país com mais de cem milhões de habitantes, no mundo, que assumiu a responsabilidade de ter um sistema de saúde universal, integral e igualitário de saúde.

A universalidade e integralidade se encontram ainda reforçadas na Lei 8.080/90, que também dispõe sobre a proteção, recuperação, organização e promoção da saúde em seus artigos 2º, §1º; 4º; e 6º, inciso I:

Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e

¹² <http://dab.saude.gov.br/portaldab/pnab.php>. Acesso em abr.2014

igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

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

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

É importante destacar que a Lei 8.080/90 dispõe no artigo 6º, I, d, sobre a assistência terapêutica e farmacêutica, que deve ser prestada pelo SUS, tema central discutido neste trabalho.

Apesar de nosso ordenamento jurídico ser claro quanto à obrigação que o Estado tem, é sabido que o Sistema Único de Saúde não consegue atender a tão grande demanda da população (e a tendência é que tal demanda cresça a cada dia que passa). Segundo especialistas, o SUS não consegue suprir as necessidades básicas, o que é a causa de as unidades de média e alta complexidade acabar por se mostrar demasiadamente sobrecarregadas. Fora isso, a suposta suavização do número de pessoas a serem atendidas pelo SUS vem, a cada dia, sendo gradativamente reduzida, sobretudo pelo alto custo dos planos de saúde privados, a que vem ocasionando a migração de seus usuários para o sistema público.

Assim, a escassez de recursos, que é inexorável, acaba tornando o sistema cada vez mais precário. Vários óbitos poderiam ser evitados se o doente recebesse tratamento com maior agilidade; os procedimentos necessários poderiam ser menos penosos para os pacientes; mas, infelizmente, o sistema não tem estrutura e funcionários suficientes para prestar o socorro

necessário em tempo hábil. As filas de espera¹³ são imensas para cirurgias, consultas, exames e tratamentos, o que impede que sejam realizados tratamentos em doenças “simples” que se tornam complexas com o decorrer do tempo. (CASAGRANDE, 2013)

Doenças graves, que poderiam ser evitadas com programas eficazes de prevenção e ou atendimento rápido e medicamentos adequados, sobrecarregam o sistema causando as conhecidas “filas de espera”. Fora isso, existem tratamentos onerosos que, muitas vezes, não são cobertos pelo sistema.

A prevenção já era entendida pelos constituintes como uma medida de extrema importância para a população e para o sistema, pois em muitas vezes ao invés de um cidadão procurar um hospital já necessitando de tratamento (com médicos, exames, medicamentos e outros), ele receberia orientações capazes de evitar a necessidade de um futuro tratamento. Nesse sentido a Constituição Federal, no artigo 198, II, diz que:

Art.198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema

¹³ Podemos citar como exemplo o que ocorre em Londrina, ”Moradores da 17ª Regional de Saúde (são 21 municípios), que aguardam consultas com especialistas. Relatório da Diretoria de Regulação de Atenção à Saúde (Dras) da Secretaria de Saúde aponta que o tempo de espera pelas consultas com especialistas pode levar mais de três anos. É o caso das consultas com dermatologista: a fila para atender é de 12.063 pacientes e o tempo médio de espera chega a 40 meses. Em seguida, vêm consultas com ginecologistas, com espera de até 34 meses; e proctologistas, com até 32 meses. Em quarto e quinto lugares vêm as consultas com ortopedistas de ombro (31 meses) e coluna (28 meses). Para a diretora de Regulação de Atenção à Saúde, Maria de Fátima Akemi Iwakura Tomimatsu, o principal fator para a espera interminável é a oferta de especialistas muito menor do que a demanda de pacientes. “Faltam profissionais com interesse em atuar no SUS. E esta situação (grandes filas de espera por consultas) ocorre em todas as especialidades com demanda muito grande, principalmente a ortopedia e a dermatologia”, explicou. Segundo o relatório da Diretoria de Regulação, a demora excessiva também está diretamente relacionada ao baixo número de atendimentos em cada especialidade. Números mostram que, com exceção da dermatologia – em que são feitas 304 consultas/ mês, média de 10 consultas por dia –, as especialidades com maior tempo de espera realizam no máximo 64 atendimentos mensais, em média. O pior desempenho é nas consultas com ginecologistas: 31, com média de uma por dia.”

único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Não há tratamento se não houver medicamento disponível, e este é o tema central do nosso trabalho. O fornecimento de medicamentos faz parte do efetivo atendimento ao cidadão no que concerne o direito à saúde, como veremos nos capítulos seguintes. Obviamente, em muitos casos, aqueles que não são atendidos em tempo hábil, ou cujo pedido é negado nas secretarias de saúde, acabam por recorrer ao judiciário. Como esse poder pode enfrentar essas demandas é também assunto para os próximos capítulos.

2.2 MEDICAMENTO

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, através da Gerência-Geral de Medicamentos - GGMed/DIMEP -, conceitua medicamento como “Substância química capaz de promover no organismo ação preventiva, curativa, paliativa ou diagnóstica.”

No Brasil, existem listas de medicamentos disponibilizados gratuitamente à população pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme publicado no Portal da Saúde, “o Ministério da Saúde é responsável pela publicação da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) ¹⁴, lista contendo os medicamentos essenciais ¹⁵ para tratar as doenças mais comuns na população”, os estados e municípios as utilizam para elaborar

¹⁴ A lista encontra-se na sétima edição - RENAME 2010 - e possui 343 fármacos, 8 produtos correspondentes a fármacos, 33 imunoterápicos, em 372 DCB distintas, contidas em 574 apresentações farmacêuticas. (RENAME, 2010).

¹⁵ “A OMS (Organização Mundial de Saúde) define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade. São medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos” (RENAME, 2010).

suas relações de medicamentos. A RENAME será organizada de acordo com as necessidades da população e deverá ser reanalisada considerando as patologias e agravos à saúde existentes nas diversas regiões do país.

A lista (RENAME) possui medicamentos registrados na ANVISA, que apresentam menor custo nas etapas de armazenamento, distribuição, controle, tratamento e cujas fórmulas devem apresentar valor terapêutico comprovado. Como explica Duarte (2011, p.403),

Para a concessão do registro, conforme explicou o diretor-presidente da ANVISA, examina-se um dossiê encaminhado pelo laboratório, a fim de verificar: a caracterização físico-química do princípio ativo e das propriedades farmacêuticas (1), a Certificação de Boas Práticas de Fabrico (CBPF) (2), as rotas de síntese (3), os testes de avaliações farmacotécnicas (4), os estudos de estabilidade (5), os testes de controle de qualidade (6) e, finalmente, se o laboratório consegue reproduzir, em larga escala, aquilo que submeteu à apreciação da Agência de Vigilância. Como esclareceu Maierovitch, nesse momento, a ANVISA analisa aqueles estudos que são trazidos pelas diferentes empresas interessadas no registro; segundo ele, "estudos, em geral, realizados no contexto internacional, muitas vezes estudos realizados em vários países, mas que não tratam especificamente da realidade brasileira.

A Organização Mundial de Saúde também define medicamentos essenciais como àqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população. A pergunta a ser respondida é seguinte: Como ficam os pacientes que necessitam de medicamento que não constam na lista do Sistema único de Saúde (SUS)? A quem requerer? Estas são questões que trataremos adiante.

Apesar de existir entendimento de que não existe norma regulamentada que define de quem é a competência na distribuição dos medicamentos, União, Estados ou Municípios, as decisões do poder judiciário, costumam apontar a competência solidária desses entes. É o que se nota, a título de exemplo, pelo excerto da decisão abaixo descrita:

Ementa: DIREITO À SAÚDE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIOS - CF, ARTS. 195 E 196 - CE, ARTS. 153 E 154 "Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde" (Resp. 828140, Min. Denise Arruda) O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida de paciente, deverá ser ele fornecido" (Resp. n. 212346/RJ, Min. Franciulli Netto)(TJ-SC - AC 1 SC (TJ-SC - Data de publicação: 04/11/2013)

Conforme descreve o Ministro Franciulli Netto (2013), o SUS não apenas deve atender todos os casos, independente de sua complexidade, assim como o medicamento deve ser fornecido.

Segundo dados do IBGE¹⁶,

os gastos com saúde aparecem em quarto lugar entre os gastos familiares do brasileiro. Ficam atrás apenas dos gastos com habitação, alimentação e transporte. A maior parcela desses gastos é representada pela compra de medicamentos, sendo que esse item chega a comprometer 90% dos gastos em saúde das camadas mais pobres da população.

É certo que a população não pode disponibilizar 90% de suas rendas com medicamentos, pelo que, o que inevitavelmente acontece é a não realização do tratamento. Por este motivo, a população tem cada vez mais recorrido ao judiciário em busca de decisões que determinem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas de medicamentos disponíveis para atendimento à população.

É importante destacar que a falta de acesso aos medicamentos causa prejuízos à saúde da população, o que afeta também o poder público, que, conseqüentemente, precisará

¹⁶ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A pesquisa citada é referente ao ano de 2009, a mais recente publicada.

dispender recursos para tratar os complicadores causados pela não realização ou continuidade do tratamento.

3 O JUDICIÁRIO

A palavra *judiciário* vem da expressão latina “juris+dictio”, que significa dizer o direito, ou seja, interpretar as leis para solucionar conflitos.

O Judiciário é formado pelo conjunto dos órgãos públicos que, fundamentados na constituição Federal, fazem cumprir as leis a partir do exercício da jurisdição. Ele tem como função garantir o direito das pessoas e promover a Justiça, e seu objetivo é buscar a solução de conflitos, sejam eles travados nas esferas pública ou privada.

A seguir trataremos da competência do Judiciário para atuar em demandas relacionadas à saúde, tema bastante discutido no âmbito jurídico.

3.1 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O tema em discussão, neste tópico, está intimamente ligado a uma importante deficiência na área mais importante de nosso país, o atendimento integral e universal às demandas relacionadas à saúde. Como já tratamos em capítulos anteriores, o direito à saúde é conexo ao direito à vida, e a população precisa buscar socorro no Judiciário para obter o medicamento necessário e negado pelo Sistema Único de Saúde, seja por falta de previsão na Relação Nacional de Medicamentos, ou por questões orçamentárias.

A judicialização da saúde é um movimento que se iniciou na década de 90, no Brasil, com as ações judiciais para obtenção do coquetel para tratamento da AIDS, que o Estado, após inúmeras condenações, acabou por incluir na lista de medicamentos ofertada pelo SUS. Ela é frequentemente taxada,

pela administração pública, como uma interferência indevida do Judiciário, sendo questionada, inclusive, a competência deste Poder para atuar em demandas relacionadas à saúde.

Porém, entendemos que não há que se falar em impossibilidade de atuação do Judiciário em questões afetas ao tema, o que se respalda na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, XXXV, diz “que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

Ainda podemos citar a jurisprudência pátria, onde se destaca a decisão proferida na ADPF MC 45/DF, do relator o Ministro Celso de Mello, DJ 29.4.2004:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."

Como bem expõe Moraes (2013), “enquanto o Poder Público não tiver condições, seja por qual motivo for, de atender a situação relativa à saúde pública, cabe ao Poder Judiciário fornecer jurisdição para a preservação da dignidade da pessoa humana e o direito à vida”. Não podemos menosprezar a necessidade dos cidadãos, pelo que a omissão do Estado configura, sem qualquer dúvida, lesão ao direito à vida. E cabe ao ju-

diciário agir diante da inércia do poder público e então encontrar a melhor decisão possível.

Não obstante à dificuldade do Estado em suprir tais demandas, ressalvamos a competência do judiciário em atuar. Porém, reconhecemos a dificuldade que o judiciário tem de interpretar as normas face ao caso concreto. Em nosso entendimento, o judiciário necessita de procedimentos específicos na medida da especificidade de cada caso, pelo que, sem a pretensão de esgotar o assunto, a seguir, abordaremos algumas estratégias que poderão auxiliá-lo na solução de demandas individuais.

3.2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

É fato que as decisões judiciais necessitam minimamente da discricionariedade de quem decide, já que este deverá escolher entre as soluções possíveis para cada caso em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, para o Direito a argumentação é fundamental, como muito bem descreve Ronald Dworkin, em sua obra *O Império do Direito*. A argumentação é da essência do direito e, portanto, é necessário buscar nele parâmetros racionais que possam conduzir o intérprete à resposta correta. Nesse sentido, se há discricionariedade, ela só pode ser em sentido fraco, ou seja, com parâmetro limitador, como explica Dworkin em *Levando os Direitos a sério*.

Com a infinidade de doutrinadores no mundo jurídico, surgem muitas teorias sobre o tema. Entretanto, seguiremos os ensinamentos de Robert Alexy, que, em 1978, publicou na Alemanha uma teoria da argumentação jurídica, que indica procedimentos que permitam aferir a correção de “enunciados normativos”. A partir deles, podemos perseguir decisões justas.

O referido autor trabalha a argumentação jurídica a partir de dois planos, a justificação interna, que verifica “a coerência interna da argumentação, no sentido de verificar se as pre-

missas da decisão eram compatíveis com a conclusão” (DUARTE, 2011, p. 49), e a justificação externa, que não aborda a estrutura do argumento, mas a justificativa das premissas utilizadas na decisão, ou seja, a análise da validade das premissas utilizadas na justificação.

Alexy trata o direito como ”aquilo que é correto”. Daí decorre a pretensão de correção que busca a mais justa aplicação do direito tendo como base a fundamentação dos argumentos utilizados. Ele afirma, nesse sentido: “minha teoria depende da tese que o direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção” (ALEXY, 2007, p.20).

Na hipótese de correção, a utilização dos princípios é extremamente eficaz. Como estudamos no primeiro capítulo, os princípios são capazes de preencher as lacunas da lei e, ainda, quando tratamos de casos concretos em que devem ser aplicadas decisões individuais eles são essenciais. Porém é necessária a utilização de procedimento que auxilie na solução de conflitos entre os princípios. Para tanto, Alexy propõe a teoria da ponderação:

O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, outro, metodológico. [...] O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação (ALEXY, 2003, p. 64., apud ARABI).

A ponderação nasce com o princípio da proporcionalidade e tem como função corrigir possíveis “desproporcionalidades entre intervenções reais e hipotéticas“, ou seja, fundamentar e racionalizar a argumentação jurídica e o processo decisório.

A ponderação é “a otimização relativa a princípios contrapostos”[...] ou seja, “quanto maior for o grau de insatisfação ou de detrimento de um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro. Esta regra poderia ser denominada “lei da ponderação”.(ALEXY, 2006, p. 02)

A teoria de Alexy, como já vimos, é bastante utilizada pelos doutrinadores e tribunais brasileiros. Arabi (2012) relata, nesse sentido, uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Gilmar Mendes utiliza a teoria citada. Arabi ainda afirma que o ministro se ampara nas teorias germânicas com habitualidade e a teoria da proporcionalidade tem sido utilizada com frequência pelo STF.

Em março de 2003, foi a julgamento no tribunal pleno do STF a Intervenção Federal (IF) de número 171-4/SP, referente ao pagamento de precatórios judiciais, caso no qual o pedido de intervenção foi indeferido. Percebe-se já na ementa do referido julgado, que esse é um caso no qual a teoria de Alexy encontrou aplicação prática. Vê-se no item 5 da ementa: “A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade”. O redator designado para o Acórdão foi o Min. Gilmar Mendes, e no voto deste encontra-se ainda mais a influência da ponderação e da proporcionalidade, além de várias alusões a Alexy. Logo no início diz o ministro: “Diante deste conflito de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da intervenção a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade”. Formando sua definição do que seja proporcionalidade, chega-se à idéia de “limite dos limites”, isto é, “o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental”. Em seu voto, a ponderação é expressamente adotada como meio de solução de conflitos entre princípios, e as três etapas da ponderação são fielmente cumpridas. (ARABI, 2012, p.7)

3.3 A RESERVA DO POSSÍVEL

Diante das inúmeras ações relacionadas a fornecimento de medicamentos, surge a reserva do possível como estratégia de defesa da administração pública. Em suma diz, por meio dela o Estado sustenta que somente garantirá direitos fundamentais se houver recursos disponíveis.

A reserva do possível nasceu na Alemanha, em 1972,

no julgamento do caso “*numerus clausus*”. Conforme expos Alsen (2009), citado por Daniela Pinto Holtz Moraes, no caso:

(...) discutia-se o acesso ao curso de medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*) com a Lei Fundamental que garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal decidiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina. *A reserva do possível nesse caso, portanto, relacionou-se à exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, como ocorre no Brasil.*(GRIFO NOSSO)

Consoante com os ensinamentos de Alexy, a reserva do possível não trata da escassez de recursos dos cofres públicos, mas do que pode ser requerido pelos cidadãos de forma razoável frente à sociedade. No entanto este conceito tem sido utilizado de forma equivocada pela administração pública.

A doutrina brasileira classifica a reserva do possível como fática e jurídica. A reserva do possível fática trata da falta de recursos nos cofres públicos e a jurídica aborda a inexistência de autorização para utilização dos recursos para fim diverso ao proposto. Isso pode ser entendido da seguinte forma: o orçamento não deverá ser prejudicado em razão de atender apenas um indivíduo já que seu fim pretendia atender ao coletivo.

O poder público vem se utilizando do argumento de que atender a necessidade de um indivíduo implica prejudicar o atendimento básico do restante da população. Surge, então, o “mínimo existencial”, que consiste na garantia das necessidades básicas de existência. É fato de que o “mínimo existencial” é de suma importância a toda população, e tem sido utilizado em decisões a favor das solicitações sob o argumento de que não é possível fazer uso, como defesa, da reserva do possível se o “ente público sequer cumpre com o mínimo”[...], como

decisão abaixo, proferida recentemente:

REEXAME NECESSÁRIO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE.

1) O Município de Pelotas é parte legítima para figurar no pólo passivo em demanda em que alguém pleiteia o fornecimento de procedimento cirúrgico, uma vez que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios. 2) Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da Constituição Federal. É direito do cidadão exigir e dever do Estado fornecer medicamentos e cirurgias indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações. Presença do interesse de agir pela urgência do tratamento pleiteado. 3) *Não se pode invocar a "reserva do possível" se o ente público sequer cumpre com o mínimo constitucional exigido - no orçamento - para a manutenção à saúde.* À UNANIMIDADE, CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Reexame Necessário Nº 70055004568, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 31/07/2013) (TJ-RS - REEX: 70055004568 RS, Relator: Francisco José Moesch, Data de Julgamento: 31/07/2013, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/08/2013) (GRIFO NOSSO)

Em consultas realizadas, concluímos que tal argumento de defesa é aceito por uma minoria e, quando aceita, frequentemente um recurso modifica tal decisão. Habitualmente, as decisões dos magistrados defendem que a saúde é garantia da vida e não pode ser violada em benefício dos cofres públicos e a reserva do possível não pode ser utilizada para “tornar legítima a negligência do poder público”. O relator Francisco Oliveira Filho¹⁷ citou em uma decisão os dizeres do ministro Cel-

¹⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDICAMENTO - ANTECIPAÇÃO DE

so de Mello que disse:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

O direito à saúde, especificamente o fornecimento de medicamentos pelos órgãos públicos é um direito social, conforme previsto na Constituição Brasileira. Como tal, “deve ser realizado na maior medida possível” e, portanto, o Judiciário brasileiro não tem aceitado tal teoria como justificativa válida para o não fornecimento de medicamentos pleiteados no judiciário.

Sem dúvida alguma, a análise do caso concreto é o que decidirá qual solução mais justa cabível, e, mais uma vez, a técnica da ponderação, tratada em capítulo anterior, será fundamental.

TUTELA - FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS - EXEGESE DO ART. 23, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DESPROVIMENTO. "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196 da CF). "Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida" (STF, j. 31.1.97, DJU 13.2.97). Presentes a verossimilhança e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sendo uma questão que abrange o bem maior, é cabível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.

(TJ-SC - AI: 308915 SC 2004.030891-5, Relator: Francisco Oliveira Filho, Data de Julgamento: 05/04/2005, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Agravo de instrumento n. , de São José.)

3.4 STANDARDS JURÍDICOS

Na busca por estabelecer critérios minimamente balizados para nortear a ponderação, hoje em dia os autores falam em *standards* argumentativos. Standard é o “um caminho” adotado para solução de conflitos, considerando aspectos econômicos, morais e sociais que possam influenciar na decisão final. Os standards levam a decisões específicas para casos concretos. Podem ser confundidos com a técnica da proporcionalidade, mas é, em verdade, uma técnica própria de ponderação (em sentido estrito). Necessitam, ou, como expõe Ferreira (2009, p. 19) “exigem um maior esforço interpretativo e uma reflexão mais complexa sobre os fatos, normas, valores envolvidos”.

Segundo Ferreira (2009, p.22), Roscoe teria sido o primeiro filósofo a estudar o instituto standards. Ele “definia os standards jurídicos como medidas da conduta social correta”. Roscoe entendia que os standards poderiam viabilizar decisões abertas, ou seja, dariam ao judiciário um “grau de abstração” capaz de alcançar decisões a partir de valores e deveres, ou princípios e regras. Possibilitariam, pois, uma reflexão:

(...) moral, ao valorar os comportamentos; prática, por prespor o emprego de critérios extra-jurídicos com a experiência e a intuição; flexibilização, que torna possível adaptar as regras aos casos concretos (ROSCOE, 1954 apud FERREIRA, 2009, p.23) .

No Brasil, a utilização da técnica da ponderação ocasionou uma “jurisprudencialização do direito”. Hoje podemos ver constantemente citações de jurisprudências como fundamento das decisões. Os Standards, como técnica de ponderação, buscam auxiliar para que tais fundamentações sejam justas e racionais. Nas palavras de Ferreira, o objetivo dos standards:

(...) consiste em detectar diante de quais variáveis de um interesse ou princípio deve prevalecer em relação ao outro ou, até mesmo, excepcionalmente, poderá afastar a incidência de uma regra no caso concreto. Em geral, tais preferências podem ser estabelecidas a partir da generalização de elementos

comuns de alguns casos ou a experiência prática da vida que se transformam em padrão decisório para os demais. (FERREIRA, 2009, p. 30)

O objetivo dos standards é auxiliar o intérprete na reforma do sistema jurídico, levando em consideração as particularidades de cada caso, preservando o sentido da norma e construindo decisões racionais e justas “ao invés de simplesmente recorrer à subsunção de normas isoladas” (FERREIRA, 2009, p. 37). Ainda segundo Ferreira, “[...] parâmetros definidos previamente para tomada de decisões proporcionam uma expectativa razoável quanto à solução dos problemas.”

Iremos nos amparar nos estudos de Ferreira, que define que a construção dos standards deve seguir determinada forma, composta de três etapas: (1) estudo do caso; (2) o catálogo dos casos; (3) condensação linguística para obtenção dos parâmetros.

A primeira etapa corresponde a identificar a questão levada a juízo, bem como os fatos e controvérsias do caso, e, assim, determinar quais os motivos que levam a decisão “x”, e quais motivos levariam à decisão “y”. Ou seja, “estudar atentamente o caso em questão, observando os argumentos

A segunda etapa, elaboração de catálogos, pode ser realizada com base em casos da mesma natureza já julgados no país. Se não existirem, podem ser usados julgados estrangeiros e, se não existirem casos julgados, ainda pode-se recorrer a atos administrativos que auxiliem na elaboração dos standards. Sobre a construção de catálogos Ferreira entende que,

(...) em qualquer hipótese, recomenda-se que a organização do catálogo se pautar pela classificação temática dos casos, considerando os aspectos que, provavelmente, serão relevantes para construção do parâmetro, como, por exemplo, (i) a variação da intensidade dos princípios e interesses envolvidos em razão do tempo, modo e lugar; (ii) o papel dos titulares dos direitos em jogo e (iii) de quem deve respeitar ou efetivar tais direitos, (iv) o contexto sócio-econômico e cultural. Construído o catálogo, torna-se mais fácil, segura, previsível e isonômica a resolução dos casos posteriores, bem como

condensar linguisticamente o parâmetro. (FERREIRA, 2009, p. 47)

Enfim, parte-se para a terceira etapa que envolve a construção dos standards, que “consistirá em coligar fatos ou casos de modo a reunir uma multidão de observações parciais em uma só posição”. Assim, os standards se formam a partir do agrupamento e comparações das variáveis encontradas nos casos elencados no catálogo, que deverão construir um conjunto de experiências baseadas em princípios, regras e interesses. Essa construção é chamada de condensação linguística, que pode ser realizada de duas formas. (FERREIRA, 2009, p.48)

Na primeira forma, os standards são “invocados como medidas de comportamento ou interesses relevantes judicialmente”. Na segunda forma, prevalece a concepção de Robert Alexy, em que aborda a prevalência de um princípio ou interesse em face de uma colisão entre estes. Ferreira conclui afirmando que seu roteiro “nem sempre” poderá ser seguido, mas, em regra, será bastante eficiente na construção dos Standards (ou parâmetros, como também podem ser conhecidos).

3.5 A JUDICIALIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO

A judicialização da saúde é a provocação do Poder Judiciário em busca da efetivação de um direito. Para que o Judiciário responda à questão, deve agir com prudência, pois necessita proteger o direito individual pleiteado, sem desconsiderar outros eventuais direitos envolvidos. Tal decisão é extremamente complexa e, nesse sentido, a utilização da ponderação e proporcionalidade é bastante eficaz, assim como a elaboração de Standards argumentativos.

O magistrado é competente para decidir, isso não se discute, mas ele possui conhecimentos jurídicos e não médicos. Nesse sentido, entendemos ser necessário que tenha assistência especializada para tal. Os casos relacionados à saúde são muito específicos, pelo que não é possível estabelecer um standard de

validade absoluta, aplicável a todos os casos. Em algum momento, esse standard não atenderá aos anseios de uma decisão justa e racional, e, em alguns deles, o magistrado necessitará de conhecimentos específicos para proferir uma decisão justa.

Para melhor entendimento, utilizarei como exemplo um caso concreto verídico¹⁸. A paciente portadora de diabetes mellitus há 30 anos, fez uso contínuo da insulina NPH, disponibilizada nas farmácias populares e na lista RENAME. Porém, seu organismo passou a apresentar hipoglicemias¹⁹ frequentes. Foram realizadas alterações nas dosagens e horários de aplicação do medicamento. No entanto, a paciente não apresentou melhoras e foi necessária a troca do medicamento, pois a insulina NPH, não só não atendia à paciente, como passou a configurar um risco para a sua vida.

É importante destacar, aqui, a diferença entre as insulinas. (1) A insulina NPH, tem efeito durante aproximadamente 8 horas, de forma irregular. Seu efeito aumenta durante a passagem do tempo, ou seja, inicia o efeito 3hrs depois de injetada e, 6 horas após, tem seu efeito máximo. Após esse tempo, diminui a eficácia. (2) A insulina Levemir (solicitada ao poder judiciário), teoricamente faz efeito em 24 horas, porém tem efeito contínuo durante 12 horas. Após este, tempo diminui progressivamente sua ação; (3) A insulina Lantus (disponibilizada pelo SUS) tem efeito contínuo durante 24 horas.

A insulina Lantus, apesar de atuar de forma muito parecida com a Levemir, causava hipoglicemias noturnas na paciente. Não havia como diminuir a dosagem, pois, então, ela não atenderia o necessário para manter a glicemia da paciente adequada durante o dia. Por sua vez, a Levemir não causava ne-

¹⁸ Processo nº 2008.38.00.914518-6 Juizado especial Federal Cível

¹⁹ Hipoglicemia ocorre quando não há níveis de glicose no sangue (açúcar no sangue) suficientes para fornecer energia às células cerebrais, podendo causar danos cerebrais irreversíveis e morte. As hipoglicemias frequentes podem causar danos irreversíveis como nefropatia, neuropatia, cegueira, danos cerebrais e a morte.

nhuma crise hipoglicêmica.

Vemos neste caso verídico uma situação diversa da comum. A administração pública alega disponibilizar a insulina Lantus, que teoricamente faria o mesmo efeito da insulina Levemir, solicitada ao judiciário. Porém, em relação à paciente, a insulina Lantus não alcançava os mesmos efeitos.

Sobre este tema, as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispõem que o Estado “deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”. Apesar disso, seria necessário recorrer ao Judiciário quando o cidadão não tivesse sua necessidade atendida.

No exemplo, fica nítido que o direito da paciente existe, sobretudo diante das especificidades que permeiam o caso. Não seria racional, portanto, aplicar o *standard* para a solução de Ações Individuais, proposto por Barroso (2008, p. 897), segundo o qual “no Âmbito de Ações Individuais, a Atuação Jurisdicional deve ater-se a Efetivar a Dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos”. Nesse caso, o parâmetro em questão conduz a uma decisão equivocada e injusta. Ele desconsidera a especificidade do caso da paciente.

Em vista disso, é racional tentar responder às perguntas que Duarte (2012, p. 384) alinhavou no contexto de sua discussão sobre a viabilidade de horizontalização do direito à saúde²⁰, que, aqui, se mostram adequadas para a construção de uma decisão devidamente justificada:

Na realidade, em nosso entendimento, o (...) desafio dos intérpretes/aplicadores do Direito será aferir se a prestação pleiteada verdadeiramente pode ser englobada no âmbito norma-

²⁰ A eficácia horizontal do Direito à saúde diz respeito à sua força vinculante também no âmbito de relações privadas. Mesmo que esse não seja o caso da paciente de nosso exemplo, as perguntas de Duarte são pertinentes para a solução correta do litígio.

tivo do Direito à saúde (...).

Para tanto, durante um processo argumentativo que demandará “idas e vindas” por teses, narrativas fáticas e análise de questões técnicas, os intérpretes/aplicadores precisarão responder perguntas do tipo: O que dizem as partes? (a); qual é a leitura mais coerente das provas técnicas? (b); a tecnologia pleiteada é liberada para comercialização no Brasil? (c); se positivo, ela é incorporada como tecnologia pelo SUS? (d); se não é incorporada, qual é a opinião exarada pela comunidade científica acerca da segurança, eficácia e qualidade desta tecnologia? (e) (...). Em todo esse tempo, estar-se-á construindo, e de forma discursiva, a justificação interna da decisão jurisdicional, cuja correção ainda precisaria ser devidamente comprovada externamente.

Obviamente, a resposta dessas perguntas conduz à correção de uma decisão favorável à paciente. Apenas a insulina Levemir atenderia à sua particularidade, ao passo que todas as outras seriam inadequada para tanto. A despeito de não constar na lista de medicamentos do SUS, ela seria comprovadamente segura, eficaz e de qualidade para a solução do problema específico da paciente. Ademais, todos aqueles que estivessem na mesma situação da paciente poderiam, razoavelmente, supor que fariam também jus ao medicamento. Portanto, a decisão concessiva se mostrava racional em termos de reciprocidade.

A partir do exemplo exposto acima, podemos concluir que não há que se falar em regras fixas no que concerne à saúde. Cada caso é um caso, e, como tal, precisa ser verificado conforme as suas particularidades. E para analisar casos como este, é necessário que o magistrado tenha auxílio, pois ele exige conhecimento específico, diverso do jurídico.

3.5.1 VARAS ESPECIALIZADAS

Há algum tempo o legislativo tem discutido a implantação de varas especializadas para assuntos relacionados á saúde em face da imensa demanda.

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

entendeu que exigir a criação de varas especializadas em saúde violava o artigo 96, I, a - d da Constituição Federal de 1988²¹ e, assim, decidiu pela “recomendação” de varas especializadas em feitos sobre saúde. Assim os tribunais poderão decidir sobre criar ou não as varas especializadas.

O CNJ sugere também a especialização dos magistrados, especialização que, em nosso entendimento, é essencial, pois será fundamental para decisões mais justas não apenas para o requerente, mas também para o sistema público.

O juiz de direito do Rio Grande do Sul, Martin Schulze, apud VASCONCELOS (2013) relata que:

(...) no Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça criou, em Porto Alegre, uma Vara da Fazenda Pública especializada em Saúde. Inicialmente com um juizado e hoje conta com dois juizados. A experiência demonstrou a eficácia da especialização. Um trabalho conjunto entre os magistrados e os defensores públicos apontou pontos de ineficácia administrativa junto aos gestores e permitiu uma mediação entre defensoria e gestor que reduziu significativamente a judicialização (cerca de 80%), sem, contudo, deixar de atender as demandas de saúde da população, pois os encaminhamentos foram resolvidos na esfera administrativa.

A especialização, pensamos, auxilia a resolução de temas. Podemos citar, como exemplo, a Justiça do Trabalho, que é em regra mais célere e bastante mais eficiente que a justiça comum, justamente por tratar apenas de demandas trabalhistas e contar com magistrados especializados no tema.

Sobre a saúde, não queremos propor a criação de uma

²¹ *Art. 96. Compete privativamente:*

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias;

[...]

Justiça Especializada. Entretanto, a criação de varas especializadas poderia propiciar que o Judiciário tivesse uma equipe que, quando necessário, estivesse bem treinada para lidar com as especificidades que a demanda exige. A vara especializada da saúde poderia se valer, quando necessário, de profissionais da saúde, que auxiliariam em decisões mais justas para o requerente e para o requerido. Decisões fundamentadas não apenas com base no que dispõe a lei, mas também conectadas com o que dizem os especialistas sobre a causa da demanda.

3.6 ATUALIZAÇÃO DA LISTA RENAME

A atualização com maior frequência da Lista RENAME poderá reduzir às demandas judiciais em busca de medicamentos. Existem pedidos em que o paciente alega haver medicamentos mais eficientes e/ou com menores efeitos colaterais. Em regra, nesses casos as demandas são julgadas procedentes, como evidencia a decisão proferida abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. COMPROVADA A AUSÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS DA AUTORA E A ADEQUAÇÃO DO TRATAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DO FÁRMACO POR OUTROS FORNECIDOS PELO SUS. IMPOSSIBILIDADE. ATESTADO MÉDICO. PROVA SUFICIENTE. DETERMINAÇÃO DE EXAMES PERIÓDICOS PARA AFERIR A SUBSISTÊNCIA DO FORNECIMENTO DOS FÁRMACOS. NECESSIDADE. 1. A supressão da oportunidade de produção de prova, porque desnecessária, apenas cumpriu o disposto no art. 130 do CPC, não incidindo em nenhuma ofensa a regra constitucional da ampla defesa. 2. A ausência de inclusão dos medicamentos em listas prévias, quer referente a procedimentos considerados excepcionais, quer relativos à rede básica, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados. Precedentes deste Tribunal. 3. É direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como

fornecimento de medicamento, acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios para adquiri-los. 4. *Não se pode cogitar, em nome de uma eventual economia de dinheiro pelo Estado, da possibilidade de substituição dos medicamentos indicados pelo médico da autora, por outros similares, sob pena de restar inócuo o tratamento, ou, até, prejudicar a saúde da autora.* 5. O atestado médico do profissional devidamente habilitado constitui prova suficiente para embasar a pretensão da autora, bem como a urgência dos medicamentos. 6. Despicienda a tese sempre alegada acerca da limitação de verba orçamentária e do princípio da economicidade para o fornecimento dos medicamentos, visto que empecilhos dessa natureza não prevalecem frente à ordem constitucionalmente estatuída de priorização da saúde. 7. Viável a determinação de a paciente submeter-se a avaliação periódica para aferição da evolução da patologia e da continuidade de entrega dos medicamentos. A medida se justifica para comprovar a adequação do tratamento e evitar o fornecimento indevido e economia de recursos públicos notoriamente escassos. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70056934979, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado)

Evitar esse tipo de demanda pouparia os cofres públicos, afinal, para atendê-la, muitas vezes, o Estado não tem tempo suficiente para proceder a licitações e, além de ser necessário dispende valor extra, ainda paga valor excedente ao que seria convencionado.

3.7 A PRIORIDADE PARA O HIPOSSUFICIENTE

Sobre este tema, sabemos que à luz do primeiro impacto podemos vislumbrar um teor inconstitucional em face da igualdade, mas não entendemos desta forma.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas devem ser tratadas de forma desigual na medida de sua desigualdade. Conforme a afirmação de Nery (1999, p. 42), “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desi-

gualdades”.

Sobre o tema SARLET (2008, p. 261) diz que:

(...) a reclamação deve responder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado dos recursos e tendo o poder de disposição não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para o seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável, também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã - da ponderação por parte do legislador.

Concordamos com a citação de Sarlet. Tendo em vista que, ao ser exigido do judiciário, a prestação de medicamento não disponível, implica em utilização de verba extra dos cofres públicos e mais uma vez encontramos a necessidade da ponderação em face do individual sobre coletivo. Se (e somente se) o paciente tem condições financeiras para arcar com a necessidade, não seria razoável retirar parte da verba destinada a atender o coletivo e carente.

É importante mencionar que utilizar a hipossuficiência como requisito para concessão dos medicamentos é tema polêmico, pois a Constituição Federal dispõe ser dever do estado garantir a saúde a todos. Porém, é entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que a hipossuficiência é característica determinante para a concessão do pedido. Em nosso ver, nesse momento a decisão é cabível frente à incapacidade do Estado em suprir a necessidade da população.

Sobre a prioridade para o economicamente hipossuficiente não estamos tratando dos serviços fornecidos pelo Sistema único de Saúde, mas somente do fornecimento de medicamentos solicitados ao judiciário, como um dos quesitos para determinar a decisão. Já há algum tempo o judiciário utiliza a hipossuficiência como argumento para decisão positiva, como po-

demos observar na decisão abaixo, proferida em 2007:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ENFERMIDADE GRAVE. *HIPOSSUFICIENCIA ECONOMICA COMPROVADA*. OBRIGACAO SOLIDARIA DOS ENTES FEDERADOS

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA EM APELAÇÃO CÍVEL QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE INJEÇÃO DE ANTI-VEGF E LASER EM AMBOS OS OLHOS NECESSÁRIOS AO TRATAMENTO DA ENFERMIDADE DO AUTOR, DEVIDAMENTE INDICADA EM LAUDO MÉDICO. PACIENTE PORTADOR DE RETINOPATIA DIABÉTICA PROLIFERATIVA (CID H36.0). HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, QUE CONFIRMOU A TUTELA E CONDENOU OS RÉUS, SOLIDARIAMENTE, A FORNECER A MEDICAÇÃO DESCRITA NA INICIAL, MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE RECEITA MÉDICA, PELO PERÍODO E QUANTIDADE NECESSÁRIOS AO TRATAMENTO DA DOENÇA. SEM CUSTAS E HONORÁRIOS. INCONFORMISMO DO 2º RÉU. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REFORMA. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva, face à obrigação solidária do Estado e Município no fornecimento de medicamentos, insumos e procedimentos indicados em laudos e receituários médicos, eis que necessários à preservação da saúde e à vida da paciente, *socialmente pobre* e portadora de grave enfermidade, como o mais apto a garantir a eficácia do tratamento. Garantia constitucional do direito à saúde e à vida. Questões orçamentárias que não obstaculizam a implementação do fornecimento dos medicamentos e procedimentos médicos, vez que as políticas de saúde pública devem se amoldar às necessidades da população, mormente a carente de recursos. Recurso ao qual se nega seguimento, na forma do artigo 557, caput, do CPC. DECISÃO QUE SE MANTÉM. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (GRIFOS NOSSO) Precedente citado: STJ AgRg no Ag 858899/RS, Rel. Min. Jose Delgado, julgado em 26/06/2007. TJRJ AC 0116474.42.2006.8.19.0001, Rel. Des. Jose Carlos Paes, julgado em 06/07/20 0011036-23.2010.8.19.0054 – APELACAO VIGESIMA PRIMEIRA

CAMARA CIVEL ANDRE EMILIO RIBEIRO VON ME-
LENTOVYTCH - Julg: 18/12/2013

Do mesmo modo, abaixo segue decisão recente (2014), em que o magistrado usa a hipossuficiência financeira como requisito para sua decisão:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SÚMULA 83/STJ. 1. A Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto. 2. O legislador pátrio instituiu um regime de responsabilidade solidária entre as pessoas políticas para o desempenho de atividades voltadas a assegurar o direito fundamental à saúde, que inclui o fornecimento gratuito de medicamentos e congêneres a pessoas desprovidas de recursos financeiros, para o tratamento de enfermidades. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 468887 MG 2014/0019331-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/03/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014)

Bem, vemos que nosso Judiciário tem seguido tal requisito em suas decisões. Abaixo, incluímos decisão em que o Judiciário nega o pedido em razão da hipossuficiência não configurada,

APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE FÓRMULA ALIMENTAR. CAPACIDADE FINANCEIRA DA PARTE AUTORA. SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CONFIGURADA. 1. Em que pese esteja comprovada a necessidade da menor de fazer uso da fórmula alimentar pleiteada, *verifica-se, conforme a declaração de imposto de renda de pessoa física dos genitores da autora, que claramente não se trata de família carente*. 2. Foge do razoável onerar os escassos cofres públicos para fornecer medicamento a criança oriunda de família que possui considerável condição financeira. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70057352510, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/01/2014) (GRIFO NOSSO)

Em face da incapacidade do poder público de atender a universalidade de sua população, entendemos ser a hipossuficiência um requisito determinante nas decisões judiciais relacionadas a demandas individuais.

3.8 REDUÇÃO DE IMPOSTOS

Segundo o deputado Walter Ihoshi (PSD-SP), que coordena a Frente Parlamentar para a Desoneração de Medicamentos, no Brasil, o índice de impostos que incide sobre medicamentos gira em torno de 34%, o que eleva consideravelmente o custo final para a população.

Discute-se no Congresso a redução e até mesmo a isenção desta carga tributária, que onera demasiadamente o valor de produtos que são necessários e não opcionais a quem necessita. O deputado Federal José Antonio Reguffe (2014) defende que o Estado deve reduzir ainda mais a tributação a produtos essenciais:

Não há justificativa para a incidência de impostos sobre remédios. A tributação deve incidir sobre o consumo supérfluo e não sobre algo que as pessoas comprem porque precisam. Ninguém fica doente e toma medicamentos por vontade própria.

O deputado apresentou na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n 1907/2011, que propõe a isenção de todos os tributos sobre medicamentos no país. O deputado levantou junto ao Ministério da Fazenda qual seria o impacto de tal isenção tributária, que apontou o valor de R\$ 3 bilhões por ano, o que, segundo o deputado, seria um “valor ínfimo” no orçamento da União.

A média mundial de tributos sobre medicamentos é de 6%. Em países como Inglaterra e Canadá não existem tributos sobre medicamentos. Nos Estados Unidos é de 6,3%. Em Portugal, Suíça e Holanda, em torno de 10%, enquanto no Brasil pagamos em média 34% de tributos sobre medicamentos de

uso humano. Os medicamentos de uso veterinário são isentos de PIS/PASEP e COFINS e incidem 14,3% de tributos*²².

Em entrevista feita no jornal da Band²³, Claudio Xavier, advogado tributarista cita que em 2013 o Brasil isentou o IPI dos automóveis e esta isenção custou ao país R\$ 20 bilhões de reais. Assim, justifica-se a isenção dos impostos no âmbito dos medicamentos, uma vez que o impacto seria de apenas R\$ 3 bilhões de reais, bem menor que o gerado pelo IPI. Ao final da entrevista o jornalista citou uma frase do jornalista Joelmir Beting que dizia: “[...] se você entrar em uma farmácia tossindo pagará 10, se entrar latindo paga 5...”

Enfim, não há dúvidas de que a redução tributária dos medicamentos seria extremamente benéfica à população e, conseqüentemente, ao Estado, que teria uma parcela maior da população capaz de suprir a necessidade no que se refere a medicamentos. Isso, talvez, reduzisse o número de ações em que se pleiteiam medicamentos que não estão inseridos na farmácia popular. Talvez isso contribuísse, indiretamente, até para a prevenção de doenças mais graves, pois é certo que se o cidadão se medica de forma correta, poderá evitar danos mais graves e onerosos.

4 CONCLUSÃO

O estudo tratou do direito à saúde com ênfase na obrigação de o Estado a fornecer medicamentos à população. Sabemos da complexidade do tema, mas o trabalho pretendeu demonstrar ações que possam auxiliar o judiciário na solução de questões relacionadas à obrigação do Estado em fornecer

²² Dados obtidos no artigo, publicado pelo deputado José Antonio Reguffe. Disponível em: http://www.stylofarma.com.br/impacto_dos_impostos_nos_remedios_. Acesso em 15/04/2014.

²³ Vídeo publicado em 17/02/2014. Disponível em: <http://noticias.band.uol.com.br/jornaldaband/videos/2014/02/17/14866143-brasil-e-lider-em-impostos-sobre-medicamentos.html>, Acesso em 15/04/2014

medicamentos.

Iniciamos o trabalho tratando sobre os direitos fundamentais que são os direitos básicos de todo ser humano que tem como objetivo garantir a vida digna, livre e igualitária. Porém tais direitos não são absolutos, pois em determinadas situações poderão entrar em conflitos e, assim, se torna necessário a análise que decidirá qual direito prevalecerá. Assim, também tratamos da dignidade da pessoa humana que é um direito fundamental e rege nossa Constituição Federal.

Como tratamos no decorrer do trabalho, o direito à saúde é uma obrigação do Estado. Tal direito encontra-se elencado na Constituição Federal 1988 e pacificado por nosso ordenamento jurídico. Porém, o Estado não consegue arcar com as demandas relacionadas à distribuição de medicamentos, fazendo com isso que o cidadão necessite recorrer ao Judiciário em busca de medicamentos.

É pacífica a competência do Judiciário para julgar demandas relacionadas à saúde, com respaldo no que diz o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que diz “que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Sem dúvida alguma, cabe ao Poder Judiciário, quando solicitado, atuar em favor da preservação da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Há questionamentos sobre os atendimentos individuais em detrimento de atendimentos coletivos no que concerne a decisões referentes a medicamentos pleiteados no judiciário. Entretanto, é fato que estamos tratando de necessidades especiais, ou seja, situações que, em regra, não compreendem o coletivo, pois se assim fosse corresponderia ao “mínimo existencial”.

Ações individuais tratam de necessidades individuais que pretendem decisões para determinada situação e, portanto, não há que se falar em “quebra de isonomia”. Muito bem defi-

nido pela professora Maria Victória de Mesquita Benevides²⁴, o “direito à diferença é um corolário da igualdade na dignidade e deve ser invocado para nos proteger quando as características de nossa identidade são ignoradas, subestimadas ou contestadas.”

Portanto o direito à saúde, embora não seja absoluto e ilimitado, é plenamente exigível em juízo, uma vez que o Poder Judiciário não apenas pode, mas deve agir, quando provocado, diante da inércia governamental. Em demandas relacionadas à saúde, o ideal seria que houvesse o auxílio de profissionais qualificados, porém apesar de estarmos caminhando para esta conquista, hoje ainda necessitamos agir com a dedicação do magistrado em encontrar a decisão mais justa com as informações disponíveis nos autos processuais.

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário tratam o artigo 196 da Constituição Federal como mandamento que tem a função de garantir o direito à saúde dos indivíduos. Recentemente, foi requerida ao judiciário a permissão para importação de medicamento derivado de maconha, e, com base na resposta positiva da requerente ao medicamento, foi autorizado. Nesse sentido temos não somente a entrada de medicamento não aprovado pela ANVISA, como produto de substância não permitida no país. No entanto, o poder judiciário primou pelo bem estar da requerente.

Fica claro que o poder judiciário tem decidido em favor da proteção à saúde em decisões reiteradas sobre o tema e, como argumento de defesa, o Estado insiste em utilizar a reserva do possível para exonerar-se de seu dever. Entendemos ser necessária a consideração da reserva do possível e mínimo existencial, mas, em hipótese alguma, tais argumentos sobreponem-se ao direito à vida. Nesse aspecto em meu entendimento

²⁴ Socióloga e cientista política, professora titular da Faculdade de Educação da USP e membro da Cátedra UNESCO-USP de Educação para a Paz, Direitos Humanos, Democracia e Tolerância. Diretora da Escola de Governo/USP e do Instituto Cidadania

o requisito “hipossuficiência financeira”, tratada em nosso trabalho, poderá ser o definidor da questão.

A análise do caso concreto é o primeiro passo para definir ferramentas que auxiliem o magistrado. A técnica da proporcionalidade, ponderação e standards jurídicos são bastante eficientes como ferramentas para o magistrado que já utiliza estas técnicas com habitualidade em suas decisões.

Nosso trabalho pretendeu demonstrar que decisões no âmbito da saúde devem se amparar, essencialmente, na análise de cada caso para que o intérprete consiga ponderar entre beneficiar um direito e violar outro. Já que em decisões neste âmbito, necessariamente, um deverá sobrepor ao outro.

Levantamos hipóteses que podem auxiliar o poder público a reprimir ou diminuir decisões judiciais que possam onerar os cofres públicos, tais como, (1) varas especializadas, que tratem de demandas relacionadas à saúde com apoio de pessoal especializado, que possam fundamentar decisões no âmbito da medicina, podendo assim fortalecer as decisões amparadas pela lei; (2) atualização periódica mais frequente da Lista RENAMÉ, visto que isso evitaria que enfermos buscassem o judiciário requerendo medicamentos que tornem o tratamento mais adequado e eficaz. Se tais medicamentos já estiverem disponibilizados no SUS, já constarão do orçamento público e, assim, o poder público não necessitaria dispor recursos “não existentes”; (3) prioridade para o hipossuficiente, pois tal requisito já é utilizado de forma razoável em nossos tribunais. Reforçamos que em um Estado que não consegue arcar com o básico para seus enfermos a hipossuficiência financeira pode ser um requisito determinante nestas situações; (4) redução dos impostos, pois o Brasil tem uma das maiores cargas tributárias do mundo sobre medicamentos destinados a seres humanos. É fato que a exclusão ou até mesmo a redução destes impostos daria à população, ou, ao menos a parte dela, condições de arcar com seu tratamento sem buscar ao judiciário.

Abordamos no trabalho dados que afirmam que o impacto causado pela isenção dos impostos seria quase sete vezes menor do que a isenção de impostos sobre automóveis dada no ano de 2013. É importante lembrarmos que tal impacto seria amenizado pela diminuição de ações e não podemos deixar de mencionar que tal ação importaria na valorização da dignidade da pessoa humana.

Sabemos quão polêmico é o tema e, por esse motivo, tão debatido e estudado. Esperamos ter contribuído, mesmo que minimamente, neste debate que busca a vida com dignidade, igualdade e solidariedade para nossos povos!



BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162. Apud GUERRA, André Fonseca. A transparência e o consentimento informado na relação médico-paciente. In: *Direito Médico*, junho 2013. Disponível em: <http://www.slsette.com.br/a-transparencia-e-o-consentimento-informado-na-relacao-medico-paciente>. Acesso em abr. 2014
- ALVES, Cristiane Paglione. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. 2012. *Revista Ambito Juridico*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/efic%C3%A1cia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: março 2014.

- AMORIM, Filipo Bruno Silva. *A República Federativa do Brasil e o Estado democrático de direito*. Publicado em 10/2012. In: Jus Navigandi, outubro 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22839/a-republica-federativa-do-brasil-e-o-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: fev. de 2014.
- ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. *Da efetivação do direito à saúde no Brasil*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em fev. 2014.
- ARABI, Abhner Youssif Mota. *A TEORIA ARGUMENTATIVA DE ROBERT ALEXY E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: uma análise do balanceamento de princípios e sua aplicação no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1845>. Acesso em: abr. 2014
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. Brasília: CORDE, 1997 – p.47
- ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde*. Physis [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf>. Acesso em 19 fev. 2013.
- BAHIA, Ligia. Sistema Único de Saúde. 2ed. *Dicionário da Educação Profissional em Saúde/* Isabel Brasil Pereira e Júlio César França Lima. 2 ed. Ver. Ampl. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos*

para a ponderação constitucional, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, apud SANTIAGO, José Maria Rodrigues. *La ponderación de bienes e intereses em El derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p 74

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.
- BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. *DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS – reflexões para os jovens*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/04/4_7_maria_victoria_democracia_dh.pdf Acesso em: abr. 2014
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 5-19
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 230 e 231. São Paulo; Saraiva, 2007. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749&revista_caderno=9>. Acesso em abr. 2014
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004. 436 p. Brasil, doutrina e jurisprudência. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: abr.2014
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da*

- Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998 apud PFAFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos direitos fundamentais*. In: Revista Jurídica, julho 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm. Acesso em jan. 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1099 e seguintes apud NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.
- CASAGRANDE, Willian. *Espera por especialistas no SUS pode passar de três anos*. Em: Jornal de Londrina, setembro 2013. Disponível em: <http://www.jornaldelondrina.com.br/cidades/conteudo.phtml?id=1404518> Acesso em fev. março de 2014
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 24 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948, Disponível em: <http://www.dudh.org.br/> Acesso em abr., maio 2014
- DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Direito à saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Direito à saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais*. Belo Horizonte, 2011, Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.
- FELLET, André Luiz Fernandes. *O suporte fático como critério distintivo entre regras e princípios e a relação entre valores e normas*. 2011. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)–Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 252.
- FERREIRA, Natalia Braga. *Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy*. 2010, p.124. Publicado em: <periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/.../1853> Disponível em: [file:///C:/Users/patricia/Downloads/1290-6695-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/patricia/Downloads/1290-6695-1-PB%20(1).pdf) Acesso em abr 2014
- FERREIRA, Siddharta Legale. *Standards: O que são e como criá-los?* Publicado em: THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2009. Disponível em: http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec_publicacoes.asp, Acesso em: 14 abril de 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade*. Apud FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/FernandoGalvao.pdf>> Acesso em: jan.. 2014.
- JÚNIOR, Diógenes. e NOGUEIRA, José EliacI. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749&revista_caderno=9>. Acesso em abr. 2014.
- LIMA, Newton de Oliveira. *A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy: pressupostos e paradigmas para o Neokantismo jurídico*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37101>> Acesso em: 01abril de

2014.

- MAIA, Antônio C. *Uma investigação sobre a teoria da argumentação*. Disponível em: <http://www.ucg.br/ACAD_WEB/professor/SiteDocente/admin/arquivosUpload/5628/material/uma%20investigacao%20sobre%20a%20teoria%20da%20argumentacao.doc> Acesso em 12 fevereiro de 2014.
- MARTINS, Luiza. *Poder Judiciário do Brasil*. Em Suporte Técnico Promad. Disponível em: <<http://luzamartins.jur.adv.br/informacoes-juridicas>>, Acesso em 27 de dezembro de 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MORAES, Alexandre de. 2013. *União deve fornecer medicamento a paciente com câncer*. apud <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/uniao-fornecer-medicamento-alto-custo-paciente-cancer>
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- NE-
TTO, Franciulli. <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=A+sa%C3%BAde+%C3%A9+um+direito+de+todos+e+um+dever+do+Estado+%7BART.+196+da+CF>, acesso em 27/12/2013
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes apud Daniela Pinto Holtz Moraes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 6. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>.

- Acesso em: 15 fevereiro 2014 p. 229.
- PEREIRA, Isabel e LIMA, Júlio César França. *Dicionário da educação profissional em saúde* /. 2. ed. rev. ampl. - Rio de Janeiro: EPSJV, 2008.
- PIOVASAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012
- POUND, Roscoe. An Introduction to the Philosophy of Law. New Haven: Yale University Press, 1954, p. 58: apud FERREIRA, Siddharta Legale. *Standards: O que são e como criá-los?* Publicado em: THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec_publicacoes.asp>. Acesso em: 14 abril de 2014.
- ROBERT ALEXY. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert_Alexy> Acesso em: 01 mai. 2010, 08:32:27
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico nº 10, jan. 2002. p. 3, 7.
- SCHULZE, Martin apud VASCONCELOS, Frederico. *Vara especializada em saúde: exemplo gaúcho*, maio 2013. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/05/28/vara-especializada-em-saude-exemplo-gaucha/>>, Acesso em 06 abril de 2014.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n.48, de 10.8.2005, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

- SILVA, Milton Cloude Rodrigues, *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2621&idAreaSel=21&seeArt=yes>>. Acesso em: abr. 2014
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. 279 p.
- SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 6, p. 67-80
- TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*. In: Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara – Veredas do Direito. Vol. 2. N.º 3, janeiro de 2014.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. Apud LOPES, Lorena Duarte Santos. *Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9>. Acesso em abr 2014.

REFERÊNCIA LEGISLATIVA

- MINAS GERAIS. STJ - AgRg no AREsp: 468887 MG 2014/0019331-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/03/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES

FEDERATIVOS. SÚMULA 83/STJ . Data de Publicação: DJe 28/03/2014). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25020809/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-468887-mg-2014-0019331-0-stj>> Acesso em: abr. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Reexame Necessário Nº 70055004568, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Saúde Pública. Fornecimento de procedimento cirúrgico. Direito de todos e dever do Estado. Legitimidade passiva do município . Obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios. Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 31/07/2013). Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113169272/reexame-necessario-reex-70055004568-rs>> Acesso em: abr. 2014

RIO GRANDE DO SUL Apelação Cível Nº 70056934979, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 06/11/2013)AC: 70056934979 RS , Relator: Arno Werlang, Data de Julgamento: 06/11/2013, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/11/2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=C+OMPROVA-DA+A+NECESSIDADE+POR+UM+PERIODO+DETERMINADO> Acesso em: abr. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70056934979, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 06/11/2013) AC: 70056934979 RS , Relator: Arno Werlang, Data de Julgamento: 06/11/2013, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/11/2013. Dispo-

nível em:
<[http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=necessidade+d
o+autor+em+submeter-
se+a+procedimento+cir%C3%BAArgico+indicado+pel
o+seu+m%C3%A9dico](http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=necessidade+d
o+autor+em+submeter-
se+a+procedimento+cir%C3%BAArgico+indicado+pel
o+seu+m%C3%A9dico)> Acesso em: abr. 2014

RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AC: 70057352510 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 30/01/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/02/2014). APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE FÓRMULA ALIMENTAR. CAPACIDADE FINANCEIRA DA PARTE AUTORA. SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CONFIGURADA. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113546722/apelacao-civel-ac-70057352510-rs> Acesso em: abr 2014

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara de Direito Público Julgado. AC: 20130498920 SC 2013.049892-0 (Acórdão). Apelante: Município de Blumenau. Teresinha Wurth (9477SC). Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Publicado em: 04 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=A+sa%C3%BAde+%C3%A9+um+direito+de+todos+e+um+dever+do+Estado+%7BART.+196+da+CF>>. Acesso em abr. 2014