

Direito à saúde: considerações a respeito do fornecimento de medicamentos pela via judicial*

The right to health: considerations regarding the supply of drugs through judicial way

Milena Mara da Silva Ricci¹

Resumo

O direito à saúde, constitucionalmente assegurado, abrange o acesso aos medicamentos necessários para a efetivação do tratamento. A dispensação desses medicamentos é de responsabilidade do Poder Público que, dividindo a responsabilidade entre os entes da Federação, elabora listas de remédios os quais poderão ser distribuídos à população. A problemática se está em relação aos medicamentos que não se encontram em tais listas, e, por isso, não são fornecidos. Para assegurar uma efetiva política de saúde, é necessário que ocorra tal fornecimento, ainda que para tanto o cidadão tenha que se utilizar da via judicial, devendo o Poder Judiciário efetivar o direito à saúde, garantido constitucionalmente.

Palavras-chave: Saúde. Medicamentos. Poder judiciário.

Abstract

The right to health, constitutionally guaranteed, includes the access to necessary medicines for the achievement of treatment. The dispensing of such medicines is responsibility of the Government that, divides responsibility among members of the Federation, draws up lists of drugs which can be distributed to the population. The issue is in relation to the medicines that are not on such lists, and, therefore, are not provided. So that to ensure an effective health policy, it's necessary that occurs such a supply, even though for it the citizen has to use the judicial via, having the Judiciary to enforce the right to health, constitutionally guaranteed.

Keywords: Health. Medicines. The Judiciary.

* Artigo recebido em 02/11/2011

Aprovado em 20/11/2011

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Mestranda em Direito, linha de pesquisa Instrumentos de Efetivação dos Direitos da Personalidade, pelo Centro Universitário de Maringá. Advogada e professora no Paraná.

1 Introdução

Prevê a Constituição Federal, em seu art. 6º, o rol de direitos sociais, que visam à consecução de uma sociedade justa, erradicando a pobreza e a marginalização. Dentre tais direitos, encontra-se previsto o direito à saúde. Apesar de parcela da doutrina entender esses direitos como programáticos, dentro de uma visão de efetividade constitucional, entende-se que possuem aplicação imediata, devendo o Poder Público efetivá-los.

Para a consecução do direito à saúde, é necessário que nele se inclua o direito ao acesso a medicamentos. Sem a possibilidade de acesso aos remédios prescritos, não há que se falar em eficácia do tratamento prescrito pelos profissionais de saúde.

O fornecimento de tais medicamentos se dá por ato do Poder Público, na forma de dispensação, que segue as diretrizes elaboradas em atos administrativos do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde estaduais e municipais, consistentes em listas de medicamentos a serem fornecidos.

A problemática surge quando o médico prescreve medicamento que não se encontra nessas listas, e que é essencial ao tratamento da enfermidade. Surgem assim as ações judiciais visando ao fornecimento desses medicamentos, podendo-se falar em uma judicialização das políticas públicas de saúde.

2 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

A Organização Mundial de Saúde conceitua a saúde como a situação de completo bem-estar físico e mental do ser humano. Abrange, dessa forma, não apenas o aspecto individual, mas também condicionamentos biológicos, o meio em que a pessoa vive, além de aspectos socioeconômicos e culturais.

Não se caracteriza pelo simples fornecimento de medicamentos e de assistência médica, vai além, envolvendo programas preventivos, controle de doenças, por meio de políticas públicas que permitiriam o acesso da população aos programas de habitação e saneamento básico. Caracteriza-se, ainda, pelo combate à desnutrição ou subnutrição, possibilitando o acesso da população a adequados níveis de renda.²

Assim, não se confunde o direito à saúde com o direito à assistência médica, aos serviços de saúde. Promover a saúde implica em promover ações relacionadas ao trabalho, ao emprego, ao lazer, ao transporte, enfim, condições ligadas à estrutura da sociedade.

Na Constituição Federal de 1988, encontra-se o direito à saúde, positivado no art. 6º, que disciplina serem direitos sociais “[...] a educação, a saúde, 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”.

Compõe o direito à saúde, tradicionalmente, o rol dos direitos humanos de segunda geração: os direitos sociais.³ Sendo um direito fundamental, possui aplicação imediata, na forma do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, não devendo ser entendido como uma norma programática. Na visão de Germano Schawartz “[...] a consequência de se classificar a saúde como direito fundamental é a sua auto-aplicabilidade, entendida como a exigibilidade judicial sem subterfúgio normativo inferior.”⁴

É o direito à saúde indissociável do direito à vida. Entender possuir tal regra conteúdo programático,

² TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 393.

³ “Os direitos sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, de distribuição dos recursos existentes, assim como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que dele necessitam. Os direitos sociais se realizam por meio de políticas públicas, orientados pelo princípio lógico e estruturante de solidariedade social.” ROCHA, Rosália Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. *Revista Virtual da AGU*, Brasília, ano 5, n. 46, nov. 2005. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=85444&ordenacao=1&id_site=1115>. Acesso em: 20 jan. 2011.

⁴ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 129.

negando-lhe imediata eficácia, transformaria o texto constitucional em mera promessa.⁵

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direi-

tos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.⁶

Além da previsão no art. 6º, o texto constitucional, no art. 196, determina que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, garantindo ainda “[...] o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Dessa forma, a partir de 1988, a prestação dos serviços de saúde pelo Poder Público passa a ser um direito de todos os brasileiros, não mais se restringindo àqueles que estivessem inseridos no mercado formal de trabalho.⁷ Trata-se da universalidade de atendimento.

A efetivação de tais serviços deve se dar nas três esferas administrativas: União, Estados e Municípios, as quais possuem competência comum para formular e executar políticas públicas de saúde, na forma do art. 23, II da Constituição Federal.

Deve-se ter em vista que o propósito do constituinte, ao estabelecer a competência comum dos entes administrativos para as políticas públicas de saúde, não significa que a atuação deve ser superposta, que todos eles possuem competência irrestrita em todas as questões, sob pena de ineficiência dos serviços, tendo em vista a mobilização de inúmeros recursos para a realização das mesmas tarefas.⁸

Visando à efetivação do comando constitucional, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, estabelecendo a estrutura e o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), definindo o que cabe a cada um dos entes federativos. De acordo com o art. 16 da referida lei, cabe à direção nacional do SUS “[...] prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”, além de “[...]

5 Nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal: RE-AgR 393175/RS – Rio Grande do Sul Ag.Reg. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 12.12.2006. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação DJ: 02.02.2007. Ementa: *Pacientes com Esquizofrenia Paranóide e Doença Maníaco-Depressiva Crônica, com Episódios de Tentativa de Suicídio – Pessoas Destituídas de Recursos Financeiros – Direito à Vida e à Saúde – Necessidade Imperiosa de se Preservar, por Razões de Caráter Ético-Jurídico, a Integridade Desse Direito Essencial – Fornecimento Gratuito de Medicamentos Indispensáveis em Favor de Pessoas Carentes – Dever Constitucional do Estado (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Abuso do Direito de Recorrer – Imposição de Multa – Recurso de Agravo Improvido – O Direito à Saúde Representa Consequência Constitucional Indissociável do Direito à Vida – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da Norma Programática não pode transformá-la em Promessa Constitucional Inconsequente – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição Gratuita, a Pessoas Carentes, de Medicamentos Essenciais à Preservação de sua Vida e/ou de sua Saúde: Um Dever Constitucional que o Estado não pode deixar de cumprir – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.*

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, p. 12, abr./jun. 2009.

⁷ Nas Constituições anteriores, a assistência médica foi garantida apenas aos trabalhadores e dependentes que fossem vinculados ao sistema previdenciário, ou seja, apenas aqueles que possuíam vínculo formal de trabalho. ZUCCHI, Paola. O direito à saúde nas constituições do Brasil. *O mundo da saúde*, São Paulo, ano 21, n. 3, p. 158, maio/jun. 1997.

⁸ BARROSO, op. cit., p. 23.

promover a descentralização, para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal”.

Com relação às direções estaduais, o art. 17 dispõe que deverão promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde de lhes prestar apoio técnico e financeiro e de executar supletivamente ações e serviços de saúde.

No tocante às direções municipais, o art. 18 disciplina que elas devem planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde.

Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da *descentralização administrativa*. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de *subsidiariedade* e de *municipalização*. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema. [...] o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos.⁹

Faz-se necessária, portanto, a efetivação de políticas públicas para que os cidadãos possam, concretamente, ter acesso aos serviços de saúde, entendidos eles não apenas em seu aspecto curativo, mas também preventivo, visando à erradicação de moléstias, objetivando o completo bem-estar físico, mental e social.

Tendo em vista esse acesso aos serviços de saúde, a Lei 8.080/90, em seu art. 6º, coloca, dentre as atribuições do SUS, a formulação da política de medicamentos. O fornecimento estatal de medicamentos visa ao atendimento do princípio da integralidade, haja vista que a maioria das intervenções em saúde implica o uso de medicamentos, que são essenciais para a obtenção do resultado.

Deve-se atentar que tal dispositivo fala no caráter integral da assistência, ou seja, sendo integral, o planejamento e o controle das ações de saúde são basilares. Assim, o fornecimento de medicamentos, previsto no inciso

VI do art. 6º da Lei n. 8.080/90, que encarrega o SUS da “[...] formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde”, é imperativo, devendo tal assistência ser prestada de forma integral.¹⁰

Verifica-se que, em atendimento aos preceitos constitucionais e à Lei n. 8.080/90, os indivíduos têm o direito a um atendimento integral, preventivo e curativo, englobando as circunstâncias que permitem a condição de vida saudável do indivíduo.

3 O fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde

Apesar de positivar a integralidade do atendimento, a competência para a distribuição de medicamentos não vem traçada de forma explícita na Constituição Federal ou na Lei nº 8.080/90, e sim em atos administrativos dos três entes, em especial na Portaria nº. 3.916/98, que estabeleceu a Política Nacional de Medicamentos (PNM).

Tal Portaria consiste na matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, pois as demais baseiam-se em suas disposições. Dessa forma, pode-se afirmar que a formulação da Política Nacional de Medicamentos foi o primeiro passo do sistema hoje existente para a distribuição dos medicamentos, delimitando as portarias seguintes os traços característicos.¹¹

De acordo com tal política, ao gestor federal incumbirá a formulação da PNM, envolvendo a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Aos Municípios, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, executando a assistência farmacêutica. Aos gestores estaduais, caberá definir os medicamentos a serem adquiridos diretamente pelo Estado, em especial, aqueles de distribuição em caráter excepcional.

Dessa forma, é a Assistência Farmacêutica no SUS que efetiva a distribuição dos medicamentos prescritos

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, p. 25, abr./jun. 2009.

¹⁰ GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 370, p. 170, 2003.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, p. 25, abr./jun. 2009.

pelos médicos, na forma da dispensação,¹² que necessariamente deve ser efetuada por um profissional farmacêutico.

A Assistência Farmacêutica, de acordo com a Portaria nº 204 de 29 de janeiro de 2007, subdivide-se em: Assistência Farmacêutica Básica, Assistência Farmacêutica Estratégica e Assistência Farmacêutica de Dispensação Excepcional. A atenção básica se volta para o atendimento da parcela da população acometida por problemas de saúde mais comuns, sendo gerida, no estado do Paraná, em forma de Consórcio, que agrega recursos dos três entes e compra os medicamentos, os quais serão distribuídos pelas Prefeituras Municipais.¹³

Quanto à Assistência Farmacêutica Estratégica, o Ministério da Saúde considera medicamentos estratégicos aqueles destinados as doenças com perfis endêmicos, que causem impacto sócio-econômico, cujo controle e tratamento tenha protocolo e norma estabelecida, como a Tuberculose, a Hanseníase, a Diabetes e a AIDS. [...] a compra dos medicamentos para o tratamento dessas doenças são realizadas pelo Ministério, que repassa aos Estados e Municípios, não podendo ser diretamente comercializados.¹⁴

A Assistência Farmacêutica de Dispensação Excepcional foi regulamentada pela Portaria nº 2.577, de 13/11/2006, e se efetiva por meio do fornecimento de medicamentos de uso excepcional, que se destinam ao tratamento de doenças raras ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário, ou, ainda, aos portadores de doenças crônicas os quais fazem tratamento de custo elevado. Esses medicamentos são financiados pelo Ministério da Saúde e pela Secretaria do Estado de Saúde.¹⁵

São considerados medicamentos excepcionais ou de alto custo, pelo Ministério da Saúde, aqueles se tornam excessivamente caros para serem suportados pela população, em virtude de seu valor unitário ou da cronicidade do tratamento. A partir de 1999, foram elaborados

os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, objetivando a ampliação do financiamento, o controle nominal de pacientes e o monitoramento do comportamento do mercado farmacêutico. Tais protocolos são elaborados para cada um dos medicamentos considerados de alto custo, intencionando racionalizar as prescrições e dispensações. Tais protocolos possuem a natureza jurídica de Portarias da Secretaria de Assistência à Saúde e visam estabelecer critérios de diagnóstico, tratamento admitido e medicamentos disponíveis para cada enfermidade.¹⁶

É importante enfatizar que, para a criação de tais protocolos, o Ministério da Saúde forma equipes de trabalho multidisciplinares, buscando a fundamentação nas evidências científicas disponíveis. Esse controle parte da premissa de que existe um consenso, fundado na experiência médica e científica, de qual o tratamento adequado para toda e qualquer doença. Assim, a partir dessa decisão, será elencado o medicamento a ser fornecido para o tratamento da enfermidade.¹⁷

Elaborado o Protocolo para determinada doença, será um tratamento indicado, possuindo o cidadão acesso a apenas este. Não se leva em consideração particularidades do caso, especificidades do paciente, o fato de cada organismo responder de uma forma ao tratamento prescrito. Caso o médico responsável pelo caso indique tratamento diverso, não terá o paciente acesso ao medicamento indicado.¹⁸

Destarte, aquele profissional que acompanha o paciente, e que pode prescrever o tratamento mais indicado para o caso, tem sua opinião desconsiderada, o que pode prejudicar o tratamento, agravando a situação do paciente. Assim, em muitas situações, o paciente se vê obrigado a pleitear judicialmente a prestação do medicamento indicado pelo médico.

¹² De acordo com a Portaria nº 3.916/98, é a dispensação o ato do profissional farmacêutico de proporcionar um ou mais medicamentos a um paciente, como resposta à receita elaborada por um profissional autorizado.

¹³ SANTOS, Eliezer Rodrigues dos. *O princípio da equidade na gestão do Programa de Concessão de Medicamentos em Londrina*, 2007. (Trabalho de Conclusão de Curso)–Assistência Social, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007. p. 34.

¹⁴ *Ibidem*, p. 34.

¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

¹⁶ CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 29, p. 123, jan./mar. 2008.

¹⁷ *Ibidem*, p. 123.

¹⁸ “Mesmo que o paciente seja portador de uma receita emitida por um médico pertencente à rede pública de saúde, não terá deferida a dispensação de um medicamento, caso este não seja o previsto, nos Protocolos, como o indicado para a sua enfermidade.” CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 29, p. 124, jan./mar. 2008.

4 Da judicialização no fornecimento estatal de medicamentos

Conforme visto anteriormente, no que tange à dispensação de medicamentos, os padrões do Ministério da Saúde, ao invés de facilitar o acesso da população, dificultam-no, restringindo, desse modo, o direito à saúde.

Temos assim configurada uma flagrante contradição: médicos que participam do SUS prescrevem um tratamento para o seu paciente, por entender ser este o tratamento mais adequado à sua enfermidade. Esta decisão é inquestionável. Mas o paciente não obtém este medicamento caso não haja previsão de aplicação no Protocolo Clínico. Neste momento, configura-se um conflito de interesses que cada vez mais comumente está sendo resolvido pelo Poder Judiciário: ações judiciais são propostas com a intenção de obrigar o Poder Executivo a cumprir a sua missão constitucional e fornecer o medicamento prescrito, independentemente da previsão em qualquer espécie de Portaria.¹⁹

Além disso, a política de distribuição de medicamentos, quando de sua efetivação, acaba sendo, em muitas situações, ineficaz. Tal política foi elaborada após ampla discussão pública, com a participação da comunidade científica, porém, quando da elaboração, não se preocupou com as particularidades sociais e culturais de cada região. Assim, cabe aos Estados e Municípios, que detêm uma pequena alocação de recursos orçamentários, adequar a PNM à realidade local. Para que se concretize o direito à saúde, portanto, é necessária a atuação jurisdicional, que acaba preenchendo o vazio deixado pelo Estado, buscando o Poder Judiciário mecanismos de satisfação das demandas urgentes na área da saúde.²⁰

Tendo o Poder Executivo feito a opção de limitar o acesso da população aos medicamentos por meio das Portarias, surge para o jurisdicionado a necessidade de pleitear o fornecimento dos medicamentos pela via judicial. Assim, entende a doutrina que ocorreu uma judicialização das políticas de saúde no Brasil.

O Poder Executivo argumenta que tais Protocolos são necessários, devendo ser eleitas prioridades, confor-

me as regras orçamentárias existentes. Aduz, ainda, que a judicialização das políticas públicas de saúde acarreta em uma gestão delas pelo Poder Judiciário.

Ademais, discute-se a competência para o fornecimento de cada medicamento. Os Protocolos dividem a competência entre os entes da Federação, sendo cada um responsável pelo fornecimento de determinados medicamentos. Assim, comumente aquele ente que não seria competente, de acordo com o Protocolo, quando instado na via judicial para a prestação do medicamento, alega ser parte ilegítima na ação.

Os Protocolos são também utilizados para afastar o fornecimento de insumos, tais como fraldas infantis ou geriátricas, e de equipamentos e medicamentos importados. Dessa forma, aquele cidadão que necessita de uma cadeira de rodas adaptada, ou de medicamentos de ponta para tratamento de doenças graves, que não são comercializados no Brasil, não os terá fornecidos pelo Poder Executivo.²¹

Outra alegação bastante comum é a de que falta interesse de agir em referidos pedidos judiciais, tendo em vista a previsão, nos Protocolos, de medicamentos similares àqueles indicados pelo médico, para o tratamento da mesma moléstia.

Tais argumentações devem ceder diante da necessidade de acesso do paciente ao medicamento. Não pode o Poder Público, baseado em Protocolos, meros atos administrativos, negar aplicabilidade ao direito fundamental à saúde, assegurado constitucionalmente.

Os direitos fundamentais sociais decorrem da busca do atendimento das necessidades humanas; eles correspondem a imperativos da dignidade humana e deveriam ser satisfeitos independentemente da provisão do mercado. Todavia, como observou ANA PAULA DE BARCELLOS, em estudo específico sobre o tema, a positivação desses direitos em cartas constitucionais não foi suficiente para garantir sua exigibilidade, pois a juridicidade desses direitos apresenta dificuldades de ordem teórica e de natureza técnico-jurídica. De fato, como foi demonstrado, ainda existem doutrinadores que negam a possibilidade de exigir diretamente em juízo a realização do objeto constitucionalmente previsto nestas normas jusfundamentais

¹⁹ CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 29, p. 124, jan./mar. 2008.

²⁰ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 32, p. 133, out./dez. 2008.

²¹ CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 29, p. 126, jan./mar. 2008.

seja em virtude de seu caráter aberto, carente de concretização (que bem poderia ser realizada pelo próprio Judiciário), seja em virtude da concepção (hoje já demonstrada equivocada) de que particularmente estes direitos dependeriam de provisão econômica e, portanto, não poderiam ser realizados sem a necessária intermediação do legislador, democraticamente eleito. Não poderia o Judiciário determinar seu cumprimento exclusivamente com fulcro nas normas constitucionais.²²

Conforme visto, essa concepção é equivocada. Deve o Judiciário observar as normas previstas no texto constitucional e demais legislações que se sobreponham a referidos atos administrativos. As normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata, devendo tais decisões assegurarem o direito à saúde da população.

A determinação de competência nesses atos não pode se sobrepor à diretriz constitucional que determina a solidariedade entre os entes da Federação na prestação dos serviços públicos de saúde, não se podendo falar em parte ilegítima. Também infundada a alegação de ausência de interesse de agir. Esses medicamentos similares disponíveis para o fornecimento não possuem necessariamente o mesmo princípio ativo, podendo causar efeitos diversos do esperado, efeitos esses que podem, inclusive, ser prejudiciais ao paciente.

O objetivo de cumprimento dos Protocolos de dispensação não pode se sobrepor ao direito à saúde dos pacientes. Medicamentos similares não são os mesmos indicados aos pacientes, não se devendo assumir o risco de administrar medicação sem indicação ou prescrição médica. Tal responsabilidade não pode ser assumida pelo Poder Judiciário. Ainda que os fármacos sejam similares, não é possível que se imponha a utilização de um medicamento, havendo prescrição de outro. A escolha do médico não pode ser desconsiderada com o único objetivo de se cumprir regras orçamentárias e organizacionais do SUS.²³

Tendo em vista referidas situações, uma parcela da doutrina entende que tais direitos somente possuem

eficácia para assegurar o chamado “mínimo existencial”, aquela parcela de direitos que seriam considerados mais relevantes por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana.

ROBERT ALEXY concebeu o mínimo existencial como uma regra, resultante de análise entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material de um lado e os princípios da separação dos poderes, levando-se em consideração a competência orçamentária, a competência do legislador e o limite originário de direitos fundamentais de terceiros. Neste aspecto, desenvolveu os seguintes argumentos: a) o princípio da separação dos poderes e a vinculação orçamentária não são absolutos, pois encontram limites dentro da própria Constituição, sendo meios para atingir os fins constitucionais (entre os quais, a proteção da dignidade humana); b) o conteúdo da dignidade humana é muito importante para ser deixado ao arbítrio do legislador, de modo que sua competência pode ser minorada (ideia reitora). A proporcionalidade entra para se evitar que a proteção do mínimo existencial onere excessivamente outros direitos (de terceiros) ou princípios constitucionais.

Verifica-se assim que o mínimo existencial é o conjunto de situações materiais mínimas a que todo o homem tem direito; são as bases irreduzíveis, inegáveis, imprescindíveis para a dignidade da pessoa humana.²⁴

Não há que se discutir com relação à essencialidade do direito à saúde, intimamente relacionado com o direito à vida, e também com o direito à vida com dignidade. Negar acesso ao tratamento prescrito por um médico a um doente é negar dignidade a esse doente.

Além dos medicamentos, também deve ser oportunizado ao paciente acesso aos insumos necessários para seu tratamento, como, por exemplo, fraldas geriátricas, que muitas vezes são negadas a pessoas que delas necessitam.²⁵

²² BARCELLOS, Ana Paula de apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/3084/1/Disserta%E7%E3o+Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

²³ CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 29, p. 126, jan./mar. 2008.

²⁴ ALEXY, Robert, apud KIYAMA, Pâmela Sumi. Gastroplastia: acesso à saúde garantido somente através do poder judiciário? *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 26, p. 111, abr./jun. 2007.

²⁵ “Com a previsão de que, como direito social, toda pessoa tem direito ao acesso a medicamentos, insumos, equipamentos e demais produtos necessários à preservação da saúde, as demandas judiciais, quando da obstaculização por parte das políticas deficitárias, passam a ser, aparentemente, um dos caminhos mais eficientes à concretização do direito à saúde.” CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 32, p. 130, out./dez. 2008.

O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, ou seja, como bem lembra VIANNA, *mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.* [...] Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, afirmação).²⁶

Assim, em caso de omissão, inércia, dos demais Poderes, deve o Poder Judiciário assumir uma postura, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais, não podendo negar acesso aos cidadãos que necessitam de uma política eficaz de saúde.

Porém, não se pode afirmar que todo medicamento ou insumo deva ser fornecido para que ocorra a observância do direito fundamental, sem que haja qualquer critério. Deve-se considerar o fornecimento de itens que realmente sejam necessários aos destinatários da tutela.

Luiz Roberto Barroso entende que o cidadão apenas poderá pleitear medicamentos que se encontram descritos nas listas elaboradas pelo Poder Público, podendo ocorrer o pleito de alteração das referidas listas, por meio de demandas coletivas ou de controle abstrato de constitucionalidade, em que se produzirá efeitos *erga omnes*. Dentro dessas demandas, objetivando a alteração das listas, outros parâmetros devem ser observados, quais sejam: a) o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; c) deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; d) deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.²⁷

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 46-49.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, p. 40-41, abr./jun. 2009.

Não obstante valiosa posição doutrinária, entende-se que a existência do medicamento na lista não pode vincular o pedido do jurisdicionado. Estar-se-ia negando acesso ao Judiciário àqueles que necessitam de determinados medicamentos para ver efetivado seu direito à saúde, violando o art. 5º, XXXV da Constituição Federal.²⁸ Tais critérios podem servir de parâmetro aos magistrados, ainda que em ações individuais, pleiteando o fornecimento de insumos ou medicamentos não incluídos nas listas.

5 Conclusão

Sendo o direito à saúde indissociável do direito à vida, integrando o conceito de dignidade da pessoa humana, o acesso à saúde não pode ser negado. Tal negativa acarreta em negativa de eficácia do mandamento constitucional de que a saúde é dever de todos, e dever do Estado. Dessa forma, entendemos possuírem as normas constitucionais efetividade imediata, não se falando em restrição de acesso da população às políticas públicas de saúde.

Esse direito abrange o acesso aos medicamentos necessários para o tratamento das moléstias. Porém, em muitos casos o Poder Público não fornece tais medicamentos, restringindo o acesso da população. Assim, a população leva ao Poder Judiciário a responsabilidade no fornecimento dos medicamentos. Assume o Poder Judiciário, dessa forma, a responsabilidade na concretização de uma política pública que deveria ser elaborada e efetivada pelo Poder Executivo.

Isso acontece para que o direito da população seja garantido. O acesso aos medicamentos e aos insumos necessários para o tratamento, quando negado, significa negativa de acesso ao direito à saúde da população, acarretando, em muitas situações, uma violação do direito à vida. Necessária, portanto, a intervenção do Poder Judiciário, pois o direito à saúde deve se sobrepor à gestão orçamentária e organizacional do SUS.

Porém, o acesso a tais políticas não pode ser amplo, irrestrito. Deve o Poder Judiciário estabelecer critérios que norteiem suas decisões, garantindo que o acesso não se dê a poucos em detrimento do restante da po-

²⁸ Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

pulação. Assim, naquelas situações em que se verifica a imprescindibilidade do acesso àquele medicamento, não podendo ser substituído por um previsto no Protocolo, deve o Poder Judiciário agir. Quando for possível a substituição, sem prejuízo à saúde do paciente, não é necessária a intervenção. Dessa forma, para que efetivamente se cumpra o mandamento constitucional, deve-se objetivar o acesso igualitário às políticas públicas de saúde.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, abr./jun. 2009.
- CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 32, out./dez. 2008.
- CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 29, jan./mar. 2008.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 370, 2003.
- KIYAMA, Pâmela Sumi. Gastroplastia: acesso à saúde garantido somente através do poder judiciário? *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 26, abr./jun. 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/3084/1/Disserta%E7%E3o+Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2011.
- ROCHA, Rosália Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. *Revista Virtual da AGU*, Brasília, ano 5, n. 46, nov. 2005. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=85444&ordenacao=1&id_site=1115>. Acesso em: 20 jan. 2011.
- SANTOS, Eliezer Rodrigues dos. *O princípio da equidade na gestão do Programa de Concessão de Medicamentos em Londrina*, 2007. (Trabalho de Conclusão de Curso)–Assistência Social, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007.
- SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ZUCCHI, Paola. O direito à saúde nas constituições do Brasil. *O mundo da saúde*, São Paulo, ano 21, n. 3, maio/jun. 1997.

**Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas,
acesse o endereço eletrônico www.publicacoesacademicas.uniceub.br.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.**