



O DIREITO À SAÚDE:

medicamentos especializados e judicialização

Gustavo Rocha Martins¹

Tatiana Bellotti Furtado²

RESUMO

A presente pesquisa se presta a estudar o direito constitucional à saúde no que se refere ao fornecimento gratuito de medicamentos especializados pelo Estado. Para tanto, além da pesquisa bibliográfica e documental, serão consideradas decisões judiciais no contexto da implementação dos direitos dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) em demandas nas quais se pleiteiam medicamentos especializados, do bloco da Assistência Farmacêutica. Nesse contexto, percebe-se a importância da atuação efetiva do Poder Judiciário, em conjunto com os demais Poderes do Estado, de modo a observar a ética necessária para equacionar as melhores soluções para as demandas dos cidadãos que pleiteiam medicamentos, seja pela via judicial, ou administrativa. Por fim, deve-se atentar para a necessidade da real universalização do SUS, adequando suas diretrizes às características regionais, com o fim de atenuar a excessiva judicialização da saúde no País.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/JF. Pós-graduado em Direito Processual Constitucional pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Professor de Direito Constitucional e Processo Constitucional das Faculdades Integradas Vianna Júnior.

² Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.



PALAVRAS-CHAVE: DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS. JUDICIALIZAÇÃO.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a atual conjuntura da efetivação do direito à saúde, analisado sob o aspecto da estrutura do SUS, seus blocos de financiamento, componentes, áreas de atuação e, especialmente, a obrigação de fornecimento de medicamentos especializados pelo Estado, sob o enfoque de ações judiciais em que se pleiteiam medicamentos que possuem registro na Anvisa, incorporados ou não pelas “listas” do SUS.

Para tanto, serão estudadas as questões materiais que permeiam as decisões judiciais sobre o tema, utilizando-se ainda da pesquisa bibliográfica e documental.

No contexto em que vivemos, de aumento da expectativa de vida, implementação de novas tecnologias e recursos médicos e, por outro lado, de multiplicação de doenças, a efetivação do direito fundamental à saúde representa um dos principais desafios do Estado.

É inegável que os recursos para efetivação do direito à saúde são finitos e, portanto, devem ser aplicados de modo a alcançar o maior número possível de beneficiários. Mas, por outro lado, a limitação orçamentária não pode significar omissão do Poder Público em relação a um cidadão considerado individualmente, mesmo que a prestação à saúde de que este necessita seja mais onerosa e mais complexa.

O Judiciário e a doutrina majoritária vêm entendendo que a responsabilidade dos entes federativos para responder às demandas de saúde é solidária, observando-se as diretrizes de um modelo universal – pelo menos em tese -, conhecido como SUS – Sistema Único de Saúde, cujo acesso deverá ser, segundo previsão do constituinte, igualitário e universal.

No entanto, ressalte-se que essa é somente uma hipótese de trabalho, sem qualquer pretensão de se chegar a respostas predeterminadas para todos os casos



concretos existentes. Busca-se apenas trazer as informações sobre o tema proposto com a maior fidelidade à realidade da atual conjuntura brasileira no que se refere às vicissitudes do Sistema Único de Saúde brasileiro.

1 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Do Direito Social À Saúde

Num contexto marcado por várias mudanças históricas, os direitos fundamentais passaram por diversas reformulações, notadamente em sua titularidade, eficácia, efetividade e, como não poderia deixar de ser, em seu conteúdo.

Com efeito, a doutrina costuma dividi-los em três - e até mesmo em quatro - gerações ou, como preferem nomear alguns, dimensões. Interessa-nos, por ora, o estudo da segunda dimensão de tais direitos, especificamente, do direito social à saúde.

Nos termos do artigo 6º da Constituição de 1988, são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Segundo Cunha Júnior (2010, p.720), o que distingue esses direitos daqueles contemplados entre os de primeira geração é o fato de que

o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere*, no sentido de que esses direitos têm por finalidade proteger os indivíduos contra investidas abusivas dos órgãos estatais, exigindo destes tão-somente prestações negativas; os direitos sociais tem por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo [...].

Nesse sentido, Cunha Júnior (2010, p.719) complementa que tais direitos “foram alçados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça



social, dependentes, entretanto, de execução de políticas públicas [...]”.

1.2 Dos percalços à eficácia do direito à saúde

A partir de uma simples leitura do artigo 196 da Constituição Federal, pode-se visualizar o direito à saúde em sua dimensão prestacional, própria daqueles direitos sociais que reclamam uma prestação positiva para sua efetivação plena. Assim, merecem a realização de ações e serviços públicos para promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil.

Por conta de tal exigência, estudos realizados em nosso país chegaram à conclusão de que os problemas de eficácia do direito social à saúde resultam, em sua maior parte, de falhas na implementação e manutenção de políticas públicas já existentes, do que da falta de legislação específica. A esse respeito, Mendes (2010, p.835) conclui que “em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados” afirmando que, de acordo com os dados colhidos por especialistas na Audiência Pública da Saúde – Nº. 04, constatou-se que a maioria das demandas levadas ao Judiciário envolve medicamentos que constam das listas do SUS.

Ressalte-se que para a efetivação das prestações de saúde é quase inimaginável o poder de fazê-lo sem que sejam gerados gastos públicos. Nesse particular, a (in) disponibilidade de recursos financeiros mostra-se como um limite concreto à efetivação do direito à saúde.

Além disso, outro óbice é a possibilidade jurídica de disposição por parte do Estado, ou seja, o poder do ente público de dispor dos recursos existentes para a concretização da prestação reclamada. É justamente em virtude desses aspectos que a plena efetivação do direito à saúde encontra-se condicionada aos pilares da chamada reserva do possível.

Tal contexto remete-nos à teoria da reserva do financeiramente possível, ou simplesmente reserva do possível, a qual se desenvolveu na Alemanha, país com



uma realidade histórico-social totalmente diferente das situações vivenciadas no Brasil, notadamente pelos paradigmas enfrentados por essas distintas nações. Aqui, observa Sarlet (2008, p.198) que, em princípio, a teoria de origem alemã deverá se aplicar com ressalvas condizentes com o cenário brasileiro, notadamente as “competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária e o princípio federativo”. Assim, destaque-se, por exemplo, a observação de que no Brasil, país periférico – ao contrário da Alemanha, onde originariamente desenvolveu-se essa teoria -, a efetividade dos direitos sociais ainda se mostra dependente de luta pelo direito.

A alocação de recursos públicos para a implementação de políticas sociais convive com o que Coelho (2010, p.1538) chama de “difícil decisão política”, de maneira tal que se faz necessário o rateio estratégico dos poucos recursos disponíveis para que seja possível atender minimamente aos mais necessitados, na tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.

Observe-se, lado outro, que, mesmo quando o Estado possuir recursos disponíveis dentro de seu poder de alocação, as prestações devem ser pautadas pelo limite do razoável, posto que a atuação estatal deve ser regulada também pelo princípio da proibição de excesso.

Por exemplo: não se configura justo e razoável compelir o Estado a prestar determinado tratamento médico a alguém que efetivamente possua condições econômicas suficientes para arcar com os custos de tal procedimento sem que se prejudique a subsistência própria e sua família. Essa ponderação ganha maior relevância em países como o Brasil, onde os recursos públicos são escassos, notadamente inferiores à parcela da população que, de fato, é dependente das políticas públicas para manutenção de uma subsistência digna.

A partir dessas considerações, esclarece Sarlet (2008, p.202) que a reserva do possível pode ser visualizada segundo três dimensões:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda ínfima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e



administrativas, entre outras [...]; c) [...] proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Como corolário da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade está presente em praticamente todo o ordenamento jurídico. É importante que sejam visualizados os pilares desses princípios para o equilíbrio do sistema, impedindo tanto o excesso quanto a insuficiência, e também o retrocesso, impondo-se a manutenção dos níveis de realização já atingidos.

Nesse sentido, observa Mendes (2010, p.828) que os direitos sociais não podem sofrer apenas com essa proibição de excesso, devendo incidir sobre eles também a proibição de proteção insuficiente, ou apenas proibição de insuficiência. Segundo o jurista, a atuação do Estado na efetivação dos direitos sociais deve mirar o fornecimento à população do mínimo necessário para atender suas necessidades básicas, ou seja, o mínimo existencial.

A garantia do mínimo existencial é um dos clássicos dilemas do Estado Social em suas tarefas precípuas, cujo objetivo é assegurar um mínimo em prestações materiais, diminuindo a desigualdade material e proporcionando a igualdade de oportunidades. Em países de extensas desigualdades sociais e regionais, essa não parece ser tarefa simples. Entretanto, reconhece-se que a garantia do mínimo existencial é inerente à própria vida e à dignidade humana, independente de previsão legal específica.

Para além disso, a atividade do Estado na alocação de recursos para atendimento do mínimo existencial deve refletir a prioridade constitucional e também o momento histórico da sociedade.

Não muito distante dos critérios até então apresentados, imperioso atentar ao princípio da máxima efetividade, o qual orienta aos aplicadores do Direito para que as normas sejam interpretadas em sua melhor otimização, sem lhes modificar o conteúdo.



Na lição de Sarlet (2008, p.211):

a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira o bem demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (e portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.

Logo, diante do exposto e, considerando ainda a impossibilidade de se estabelecer valores taxativos para os elementos do mínimo existencial, exige-se do Estado – na pessoa dos gestores - que as prestações de saúde sejam oferecidas com base em uma análise das necessidades de cada indivíduo, inserido num grupo social com características regionais particularmente consideradas, caso a caso.

Nesse sentido, pedimos vênia para citar parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator da STA 175- AgR/CE (2011):

em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Para tanto, é imprescindível que não se perca de vista o comando do princípio da proporcionalidade e os objetivos da máxima efetividade, sob pena de se tornar absoluto o argumento da reserva do possível e inviabilizar o gozo de direitos fundamentais pelos homens.



2 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

2.1 Das Responsabilidades Das Unidades Da Federação E O Financiamento Do Sistema De Saúde.

Em que pese a previsão do artigo 23, II da Constituição Federal, no sentido de que os entes federativos possuem competência comum para cuidar da saúde, partindo para uma análise mais atenta ao tema central desta pesquisa, observe-se que não há previsão constitucional ou infraconstitucional acerca da competência de cada ente federativo quanto à responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos gratuitamente à população.

Essas atribuições são explicitadas em inúmeros atos administrativos, a exemplo da Portaria do Ministério da Saúde que trata da Política Nacional de Medicamentos (Portaria nº. 3.916/98) e Portaria 2.986/09.

Entretanto, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que a responsabilidade pelo financiamento da saúde é solidária entre os entes da Federação. Tal entendimento já foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no Recurso Extraordinário nº 195.192-3/RS, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio. Além disso, está em trâmite no Supremo Tribunal Federal proposta de Súmula Vinculante (PSV4) para firmar entendimento nesse sentido.

Nesta concepção, conclui Barroso (2011, p.34) que:

apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

Situação diversa, porém, é aquela em que não existe política pública que atenda a determinada demanda. Neste caso, conforme apontado pelo Procurador



Geral da República, em sua participação na Audiência Pública - Saúde nº. 04, no STF (2009, p.43):

quando a lesão ao direito ocorre por omissão na execução de política pública existente e pactuada entre os gestores, é possível identificar o gestor competente para prestação do serviço de saúde, medicamento ou procedimento. Caso diverso ocorre quando o direito à saúde é lesado pela falta de formulação de política pública que garanta o direito à saúde. Como não foi formulada a política, não existe a divisão de tarefas/competência, a responsabilidade é solidária.

A Portaria GM/MS Nº 204/2007 fixou alguns parâmetros para melhor definir a responsabilidade de cada ente face à responsabilização comum. Organizou, por exemplo, as ações e serviços de saúde na forma de Blocos de Financiamento para fins de transferência de recursos federais: Atenção Básica; Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar; Vigilância em Saúde; Assistência Farmacêutica e Gestão do SUS.

2.2 Do bloco da assistência farmacêutica

O Bloco de Financiamento de Assistência Farmacêutica é formado por três componentes, quais sejam, Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF).

O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – foco de nosso estudo - é definido no artigo 8º da Portaria que o regulamenta (Portaria GM/MS nº. 2981/09) como uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela “busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial”. Suas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) publicados pelo Ministério da Saúde, os quais apresentam um conjunto de critérios que possibilitam a determinação do diagnóstico de doenças e o respectivo tratamento, com determinados medicamentos e dosagens.



3 DO ACESSO AOS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS: AÇÕES JUDICIAIS

3.1 Do Fornecimento De Medicamentos Especializados Com Registro Na ANVISA e Devidamente Incorporados Pelas “Listas” Do SUS.

Quando o gestor se compromete a entregar determinado medicamento - seja por meio de previsão em políticas públicas de saúde, seja pela incorporação do medicamento nos PCDT ou outras ações – e não o faz, resta ao usuário do sistema acionar o Judiciário para que tenha sua pretensão atendida. Nessas situações, o direito de postular a prestação judicialmente é incontroverso.

Contudo, a controvérsia surge quando se pergunta: diante da previsão de fornecimento de determinado medicamento pelo SUS, a partir de que momento se torna legítima a atuação do Judiciário?

Observa-se que, muitas vezes, a via judicial é a primeira opção daquele que necessita do medicamento, ou seja, o Judiciário vem sendo assoberbado por pedidos que sequer foram encaminhados administrativamente ao gestor público responsável. Isso se verifica, por exemplo, quando, ao ser citado para contestar o pedido inicial, o Estado simplesmente reconhece a procedência do pedido sob a justificativa de que não houve pretensão resistida por parte da Administração Pública.

Embora a necessidade de requerimento administrativo seja questão controversa na doutrina e na jurisprudência, é inegável que cabe aos magistrados a observância de aspectos processuais comuns a todas as lides – mesmo diante da paixão de julgador e do apelo pela vida - como a presença das condições da ação (artigo 267, VI do Código de Processo Civil), principalmente o interesse processual.

Tal verificação, no caso objeto de nosso estudo, poderia ser feita, por exemplo, a partir da prova da pretensão resistida, ou seja: prova de que o pedido foi apresentado (protocolado) ao gestor pela via administrativa e foi negado ou, decorrido prazo suficiente – assinalado em laudo médico, de acordo com a



necessidade de cada caso concreto -, o usuário não obteve resposta do gestor, principalmente nos casos em que se formulam pedidos liminares, o que justificaria de plano a urgência da postulação.

Diante de tais observações, constata Carvalho (2008, p.247) que “as ações judiciais devem ser um mecanismo secundário, nunca primário, de satisfação do direito à saúde”.

Há quem argumente que a incidência dessas espécies de demanda poderia ser reduzida pelo próprio gestor, na medida em que providenciasse espaços adequados para participação popular e divulgasse informações claras a respeito do procedimento de solicitação de medicamentos pelos usuários do sistema. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2009, p.181) exaltou a importância da informação, afirmando que “a efetividade do direito de saúde é indissociável do grau de conhecimento do cidadão das políticas existentes; sem informação não há exercício pleno desse direito.”

Observe-se que não se está a sugerir o esgotamento da via administrativa, mas apenas que esta seja tomada como caminho preliminar ao Judiciário, o qual somente deve ser acionado após o usuário ter seu pedido negado administrativamente ou, decorrido tempo razoável não lhe ser dada resposta. Além disso, ressalte-se que devem fazer exceção a esses requisitos as demandas que envolvam extrema e justificada urgência, nas quais não seria possível sequer postular o medicamento administrativamente, pois o tempo despendido neste procedimento estatal burocrático ceifaria a vida do paciente de imediato.

Ademais, é importante que o jurisdicionado apresente alternativas que possam ser viáveis ao deferimento do pedido pelo magistrado, ajudando-o a encontrar a solução mais coerente para o gestor, para o particular e para a sociedade como um todo. Por exemplo, para se visualizar melhor a dimensão da demanda, é imprescindível que todas as questões relevantes às necessidades do paciente sejam aludidas em laudos médicos, em consonância com os princípios éticos da classe, como forma de auxiliar ao bom funcionamento do sistema de saúde e da prestação judicial.



Nesse sentido, Sarlet (2008, p.225) faz um alerta para o fato de que

não se pode deixar de lembrar que o magistrado atua nas vestes do Estado-Juiz e, neste sentido, cumpre-lhe também (mesmo diante das limitações próprias à jurisdição e à relação processual que concretamente tem diante de si) atuar no sentido da fiscalização das provas trazidas pelas partes envolvidas, assim como no cumprimento da decisão exarada, notadamente quando deferida uma prestação no âmbito do sistema público de saúde. Deve o magistrado verificar com rigor tanto a prescrição médica, como já mencionado, quanto as alegações trazidas pelas entidades públicas a respeito da negativa da prestação, inclusive no que concerne ao comprometimento das contas públicas.

Não seria razoável, por exemplo, que o Judiciário impusesse uma prestação de um determinado medicamento identificando-o pelo seu fabricante, quando existe no mercado um similar, com a mesma eficiência e segurança, que pode ser adquirido por custo muito mais baixo. Para tanto, mostra-se importantíssima a indicação do princípio ativo do fármaco pela parte, para que, sendo possível, sejam utilizados medicamentos genéricos.

Além disso, devem ser observados elementos processuais inerentes a toda e qualquer ação judicial, e não apenas a paixão no julgamento, o apelo à vida. Decisões articuladas, que busquem alternativas similares – mas de igual eficácia -, prezando pela economia de recursos públicos sem romper com o atendimento da necessidade real do jurisdicionado/paciente serão mais acertadas para ambas as partes e também, de forma reflexa, para a sociedade como um todo.

Ressalte-se, por fim, que não se está aqui defendendo que as “listas” do SUS são suficientemente eficazes ao atendimento das demandas por medicamentos em nosso País, tanto que muitas ações são propostas objetivando o fornecimento de medicamentos não incorporados pelas políticas públicas de saúde, tema que será apresentado a seguir.



3.2 Do Fornecimento De Medicamentos Especializados Com Registro Na ANVISA Não Incorporados Pelas “Listas” Do SUS.

Conforme visto anteriormente, o registro de um medicamento na Anvisa não significa necessária e automaticamente sua incorporação pelo governo nas “listas” do SUS e sua consequente distribuição gratuita aos usuários do sistema. Os protocolos clínicos e diretrizes do SUS, popularmente conhecidos como “listas”, apresentam critérios a serem sopesados para o fornecimento de cada medicamento aos usuários do sistema.

Assim, conforme observado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal em STA nº. 175 (2011), “há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.”

A partir dessa observação, surgem duas situações: o SUS fornece tratamento, mas este é inadequado a determinado paciente (casos de intolerância ao tratamento, por exemplo); ou inexistência de qualquer tratamento específico para a patologia daquele paciente fornecido pelo SUS.

Sobre a questão da inadequação do tratamento, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes ressaltou na STA nº. 175/CE que, via de regra, deve ser privilegiado o tratamento disponibilizado pelo SUS, inclusive para preservação da ordem administrativa e do equilíbrio do sistema.

Contudo, o ilustre Presidente do STF ponderou que tal assertiva não é absoluta, uma vez que não resta impedido que o Judiciário ou mesmo a Administração Pública decida que (2011):

Medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. [...] Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Recentemente, a jurisprudência tem se firmado no sentido de que, provando



o autor que possui intolerância ao medicamento previsto nas listas do SUS para sua doença, deve ser deferido o pedido para o fornecimento de outro fármaco, mesmo que aquele não seja o indicado de forma específica para tal doença nos PCDT. Contudo, tal posicionamento não é absoluto, exigindo, inclusive, dilação probatória.

Lado outro, quando requerido medicamento que, embora registrado na Anvisa, não possua indicação para tratamento de patologias conforme previsão dos PCDT (inexistência de política pública) a situação é diferente.

Neste particular, é importante diferenciar se a ausência de prestação é proveniente de uma omissão legislativa/administrativa ou de uma vedação legal a sua dispensação.

Quando a inexistência de política pública é justificada pela vedação legal a dispensação de determinados medicamentos, pode-se entender que os fármacos correspondentes a elas não possuem registro na Anvisa (ou porque ainda não foram objeto de pesquisa pela Anvisa; ou porque ainda estão em processo de avaliação; ou porque, sendo avaliadas, não foram aprovados).

Como esclarecido anteriormente, não há lugar aqui - e nem é nosso objetivo - tratar das demandas em que se pleiteiam medicamentos que não possuem aprovação na Anvisa, já que tais fármacos não podem ser comercializados e, por questões de saúde pública, a Administração não deve fornecê-los.

Contudo, no que se refere à inexistência de política pública pela omissão legislativa/administrativa, as decisões judiciais tem determinado o fornecimento dos medicamentos pleiteados nessas hipóteses, desde que, como dito, tais fármacos tenham registro na Anvisa. Referidas decisões, inclusive, tem sido alvo de críticas severas, em especial por parte dos gestores, defensores do princípio da separação dos poderes.

Deve-se observar que, em princípio, a inexistência de medicamento nas listas do SUS (2011) “não pode justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.”

Destaque-se a situação em que os novos tratamentos ainda não foram testados pelo Sistema de Saúde brasileiro (fora das listas, portanto), embora tenham



sido registrados na Anvisa: deve-se reconhecer que a evolução do sistema de saúde (principalmente quanto a incorporação de novos medicamentos) deixa a desejar em comparação à evolução do conhecimento médico científico.

Conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da STA 175 - AgR/ CE (2011), por maiores que sejam os esforços da Administração Pública para a inclusão de novos medicamentos nos PCDT, sempre haverá uma novidade, uma nova alternativa médica para o tratamento daquela patologia. E, por motivos vários, sempre existirá um paciente que se julgue necessitado daquele novo tratamento.

Atento à problemática envolvida nestas decisões, Sarlet (2008, p.224 e 225) destacam a importância da dilação probatória, já que

se não há protocolos clínicos ou mesmo diretrizes terapêuticas estabelecidas, há necessidade de prova científica robusta que embase a postulação feita, o que, à evidência, não resta (sempre) atendido apenas mediante apresentação de receituário firmado pelo profissional da saúde que tem relação direta com o interessado, de tal sorte que, ao mesmo, haverá de poder a questão ser submetida ao contraditório, sem prejuízo da concessão de tutela antecipada, quando as circunstâncias o indicarem.

É de grande relevância que o magistrado assuma um papel mais ativo na condução da demanda, questionando o laudo médico e, se necessário, determinando a realização de perícia por um profissional médico especializado para embasar sua decisão em critérios técnicos de eficiência e segurança médica.

Neste íterim, além da perícia médica comumente realizada, a ética e boa fé atestadas pelo médico tornam-se importantes ferramentas de auxílio aos magistrados, em especial a título de verificação da presença dos requisitos para concessão do pedido liminar ou mesmo em antecipação de tutela.

Por outro lado, nesses casos não seria cabível exigir-se o requerimento administrativo como condição de demonstração do interesse processual. Isso porque, já que o medicamento não consta das listagens do SUS, não há razão em se requerer sua dispensação administrativamente junto ao gestor, quando já é



possível concluir que, de antemão, o pedido será indeferido.

Enfim, inadequada ou inexistente a política pública para determinada demanda, a jurisprudência tem se firmado no sentido de que deve ser atendida a pretensão pelo medicamento desde que efetivamente comprovada a necessidade deste tratamento específico, sem que existam outras alternativas - menos onerosas aos cofres públicos - que sejam capazes de obter os mesmos resultados e, desde que o medicamento esteja registrado na Anvisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora reconheçamos a importância da atuação do Judiciário na efetivação do direito social à saúde, para que a chamada "judicialização" não seja apontada como o motivo de falência do sistema de saúde brasileiro, torna-se necessário o aperfeiçoamento das instituições envolvidas neste processo, de modo a possibilitar uma atuação conjunta na busca de soluções de qualidade para todos os envolvidos: partes, sociedade e Estado (Poder Executivo e Poder Legislativo).

Nesse compasso, é primordial que no exercício da magistratura exista realmente a preocupação ética no julgamento e estudo aprofundado das causas que envolvam direitos de tamanha magnitude, evitando que a atuação do Judiciário seja utilizada como uma porta para privilégios indevidos por meio da excessiva judicialização ou até mesmo para fraudes contra o Estado e os demais usuários do sistema.

Faz-se imperioso também que haja - além da boa vontade política de todos os envolvidos nesse processo - a boa fé das pessoas que estão por trás desse aparato. Assim, será possível que a saúde no Brasil poupe, de fato, recursos - econômicos e humanos - que poderão atender melhor a população e produzir resultados verdadeiramente dignos de orgulho mundial.

É necessário, ainda, afastar a ideia de que, no âmbito das ações individuais no Judiciário, tudo o que se pede é concedido. Contudo, é de grande relevo lembrar



que estamos tratando de vidas humanas, o que agrava ainda mais os efeitos de uma decisão que indefere determinado medicamento realmente indispensável à vida de alguém, com consequências graves e facilmente perceptíveis.

Na verdade, não se trata de impedir o acesso ao Judiciário, mas apenas de equacionar a atuação dos órgãos públicos de maneira que a questão seja solucionada com ferramentas administrativas criadas especificamente para tal fim, aptas a atender à expectativa do usuário do sistema de acordo com o previsto nas políticas públicas.

Destarte, não se pode deixar de reconhecer os progressos já obtidos pelo sistema de saúde pública de nosso País. Mas, por outro lado, é inegável que o SUS de hoje ainda precisa aperfeiçoar sua universalização, a fim de que possa adequar suas políticas públicas com maior dinamicidade em relação aos desafios vivenciados pela população do Brasil.

Deve-se atentar para as características regionais e as necessidades individuais do povo, adotando-se tais particularidades parâmetros de atuação política, visando, assim, extirpar – ou, pelo menos, reduzir - a incredulidade da população no funcionamento do sistema político e suavizar a crescente judicialização da saúde.

**THE RIGHT TO HEALTH:
specialist drug and legalization**

ABSTRACT

The present research study the constitutional right to the health, regarding the free supply of specialized medicines for the State, as well as the responsibility of the Federal System for the achieving of that social right. In order to do that, the performance of Executive, Judiciary and Legislative Power will be



considered. Therefore, in addition to the literature and documents will be considered judgments. The reflexes of Judiciary decisions will also be analyzed, considering that the Sistema Único de Saúde users right will be put into practice. In this context, one realizes the importance of activeness of the Judiciary, in conjunction with the other branches of government, in order to observe the ethics necessary to equate the best solutions to the demands of citizens that seek drugs, either through the courts, or administrative. Finally, attention should be paid to the need for real universal SUS, adapting its guidelines to regional characteristics, in order to mitigate the excessive judicialization of health in the country.

KEY WORDS: RIGHTS. HEALTH. SEPARATION OF POWERS.

REFERÊNCIAS

AUDIÊNCIA PÚBLICA- SAÚDE, 4, 2009, Brasília. **Audiência...** Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2007. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_afetividade.pdf. Acesso em: 21 mar. 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175/ CE – Ceará. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Min. Presidente. Brasília, DF, 18 set. 2009. Disponível em: <



<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24.SCLA.+E+175.NUME.%29&base=basePresidencia>>. Acesso em: 23 maio. 2011.

CARVALHO, Leonardo Arquimino de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. **Revista da Defensoria Pública**, Santa Cruz do Rio Pardo, ano 1, n.1, p. 235-253, dez. 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, Santa Cruz do Rio Pardo: ano 1, n.1, p. 179-234, dez. 2008.