

# Medicamentos com isonomia

**Nanaidê Fidalgo Souza**

*Advogada em São Paulo  
Especialista em Direito Constitucional  
pela PUC-SP*

## RESUMO

A Constituição é muito abrangente, fato que resulta na judicialização, contudo as ações individuais que solicitam medicamentos básicos sobrecarregam o Poder Judiciário com demandas repetitivas, gerando muitas vezes insegurança em decorrência de sentenças diversas. O enfoque do trabalho é a solução de tal problema, que seria ingressar com uma ação coletiva, mais especificamente uma Ação Civil Pública, a fim de alterar a lista de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, fornecendo medicamentos melhores a todos. Vale frisar que tal fato não impediria a propositura das ações individuais, mas limitaria a casos excepcionais.

Palavras-chave: Lista de medicamentos do SUS. Orçamento público. Isonomia. Judicialização.

## ABSTRACT

The Constitution is very comprehensive, fact which results in judicialization, however individual actions requesting basic drugs overload the judiciary with repetitive demands, generating insecurity due to several sentences. The focus of the work is the solution of this problem would be to join a class action lawsuit, more specifically a public civil action in order to change the list of drugs supply by the Unified Health System, providing the best medicines for all. It is worth noting that this fact does not preclude the filing of individual actions, but would limit exceptions.

Keywords: List of drugs SUS. Public budget. Equality. Judicialization.

## Introdução

O Poder Executivo em diversas vezes se omite ao não aplicar ou planejar de forma devida o orçamento público destinado à saúde, criando oportunidade aos demais Poderes de se manifestarem, a fim de concretizar os mandamentos constitucionais.

No cotidiano, quando há inércia do Poder Executivo, a socie-

dade recorre ao Poder Judiciário, em virtude da judicialização, já que o direito à saúde é um direito de todos e deve ser fornecido de forma isonômica pelo Estado.

O Poder Judiciário respalda apenas o direito de quem o provoca, quem ingressa com demanda judicial, fornecendo o mesmo direito de forma diferente para as pessoas, beneficiando o indivíduo em detrimento da coletividade. Assim, há prejuízo para quem não ingressa na justiça.

Vale destacar que os órgãos públicos visam concretizar o direito social da saúde previsto na Constituição de forma igualitária, beneficiando toda a sociedade conforme a igualdade real.

Este trabalho pretende debater como isso é possível.

## **1 Saúde na Constituição Federal**

### **1.1 Direitos fundamentais**

Figueiredo (2006) afirma que os direitos fundamentais são as almas da Constituição, que vinculam os três Poderes, os órgãos públicos e os privados, em decorrência da previsão legal do artigo 5º, § 1º da Constituição, que prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão no princípio da dignidade da pessoa humana, por irradiar do núcleo essencial dos atos normativos. Tais direitos possuem uma carga axiológica típica de norma-princípio, motivo pelo qual se limitam reciprocamente, através da proporcionalidade, a fim de gerar uma maior efetividade.

Esses direitos fornecem critérios para determinar o mínimo de benefícios a ser disponibilizado para cada indivíduo, ficando a depender da atuação legislativa, para esta definir o conteúdo, de acordo com as prioridades políticas, levando em consideração a escassez dos recursos.

Cabe ressaltar que não existem direitos absolutos, todos possuem limites e restrições – um dos limites decorre do custo que todos os direitos geram –, fato que resulta na colisão de direitos. Utiliza-se a ponderação para solucionar o caso concreto. Não há previsão expressa na Constituição da ponderação, mas os órgãos superiores a têm aplicado com a finalidade de minimizar a arbitragem.

A doutrina majoritária, como Bonavides (2014), divide os direitos fundamentais em três gerações, em direitos individuais, sociais e coletivos. Vale ressaltar que os direitos de segunda geração estão relacionados às prestações do Estado, em que as liberdades formais abstratas passam a ser liberdades materiais concretas.

Dentro dos direitos fundamentais, destaca-se a saúde, por sua notável importância, diante do poder e do dever Estatal de garantir tais direitos. O doutrinador Sarlet (2003) afirma que o direito à saúde é um direito fundamental em relação tanto ao direito de defesa quanto ao direito de prestação.

O direito de defesa à saúde visa à proteção desta, através de sua garantia e manutenção, enquanto o direito de prestação à saúde consiste em assegurar tal direito, visando a sua atividade fim, através de prestações de serviços e de fornecimentos de materiais, em que ambos necessitam da disponibilização de políticas públicas.

O Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão da Tutela Antecipada 175, concluiu que os direitos fundamentais não proíbem apenas a intervenção, mas transmitem um postulado de proteção, destacando que há uma proibição de excesso acrescida da proibição de proteção insuficiente.

Ressalta-se que a proibição de excesso visa ao desenvolvimento do direito fundamental, enquanto a proibição de insuficiência visa à eficiência de tal direito.

Conclui-se que a Constituição, além de prever, destina uma atenção especial aos direitos fundamentais, que se dividem em gerações; sendo que a segunda geração visa aos direitos sociais, que se baseiam no princípio da igualdade.

## 1.2 Direitos sociais

Silva (1998) afirma que os direitos sociais requerem que as políticas públicas visem à coletividade, à sociedade, fato que não ocorre na realidade, pois os magistrados não possuem informações essenciais para concretizar tal objetivo.

O Ministro Gilmar Mendes, na STA 175, afirma que os direitos sociais devem ser analisados conforme a necessidade de cada indivíduo, fato que definirá a prestação devida pelo Estado, pois gastar mais recursos com uns faz parte do critério distributivo, contudo o ministro não ponderou a isonomia, não podendo sobrepor o direito individual ao coletivo.

Rocha (1999) diferencia os beneficiários dos direitos sociais em sociedade e cidadão, onde o primeiro se refere a todos e o segundo ao indivíduo. Ele ainda afirma que os recursos financeiros do Estado são escassos para as políticas públicas necessárias à saúde da sociedade, contudo o cidadão em estado de penúria e necessidade incontornável e imediata deve ter seu direito social exercido.

O professor Lopes (2001) destaca que os direitos sociais não se concretizam com a mera adjudicação, mas com as políticas pú-

blicas, não bastando saber quais são os direitos, havendo a necessidade de implementá-los, através de dispêndio de recursos públicos.

Ferraz (2008) frisa que a escassez de recursos não pode inviabilizar os direitos sociais, todavia são feitas escolhas, pois não é possível prover todos os direitos sociais em grau máximo a todas as pessoas.

Conclui-se que os direitos fundamentais são exercidos através dos direitos sociais, que utilizam a proteção e garantias fornecidas pelo Estado, nesta avaliação utilizando o Poder Judiciário para aplicar a determinação constitucional. A grande busca é por uma vida digna, que se concretiza quando há saúde.

### 1.3 Direito à saúde

Noronha, Lima e Machado (2008) afirmam que o direito à saúde é uma concepção ampla, onde o Estado garante esse direito através do Sistema Único de Saúde, que faz parte da estrutura institucional e decisória para a concretização da democracia, pelo compartilhamento da gestão do sistema de saúde.

Sarlet (2003) destaca a dificuldade de identificar o objetivo do direito à saúde e conseqüentemente as obrigações devidas pelo Estado. Indaga se a prestação à saúde abrange qualquer tipo de prestação ou se está limitada às prestações vitais. A fim de resolver tal questionamento, analisa quais prestações não podem deixar de ser promovidas pelo Estado, sendo estas as necessárias para uma vida digna.

A Constituição de 1988 elencou a saúde como um direito social e a detalhou nos artigos 196 a 200, no capítulo da seguridade social, contudo tal fato foi criticado, pois a Constituição deve servir exclusivamente para prever diretrizes e parâmetros gerais, deixando as minúcias ao campo infraconstitucional.

A Constituição de 1988 efetuou uma ampla proteção à saúde, ao prever como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, III, além de assegurar a inviolabilidade do direito à vida no artigo 5º, *caput*, e no § 1º prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Os doutrinadores Carvalho e Santos (2006) destacam que o legislador constituinte salientou a saúde como um estado de bem-estar prioritário, por ser uma condição fundamental para gozar dos demais direitos.

A Constituição no artigo 196 atribui ao Estado o dever de garantir, a todos, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, o direito à saúde de forma integral e igualitária, incluindo a

assistência farmacêutica. Tal atribuição do Estado é exercida pelo Sistema Único de Saúde.

#### **1.4 Separação do direito à saúde: atendimento e medicamento**

O SUS teve sua criação prevista pela Constituição de 1988 e foi regulamentado pelas Leis Orgânicas nº 8080/90 e nº 8.142/90, com o objetivo de diminuir a desigualdade na assistência à saúde.

A Constituição raramente distingue a saúde do atendimento e do medicamento. A Lei 8.080/90 prevê nas atribuições do Sistema Público a assistência farmacêutica, frisando o acesso aos medicamentos necessários para a manutenção e o restabelecimento da saúde.

A assistência farmacêutica básica deve estar continuamente disponível à sociedade que dela necessita, sendo o produto indispensável para atender aos problemas mais comuns de saúde da população.

Os medicamentos elencados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) estão disponíveis gratuitamente para os pacientes nas farmácias do SUS, basta uma receita médica, de médico de uma unidade básica de saúde ou de um hospital do Sistema Único de Saúde.

Caso o paciente necessite de um medicamento de atenção básica que consta do Rename, mas que esteja em falta, conforme o site Portal Saúde, a pessoa deve ir até a Secretaria de Saúde e solicitar o medicamento, onde teoricamente não faltará medicamento a ninguém.

Para que não ocorra a falta de medicamento, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando, como na STA 81, de forma que seja competência da Administração Pública gerenciar as ações na área da saúde, a fim de haver maior controle.

A União produz as normas gerais, cabendo aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios delimitar as normas específicas, de acordo com as peculiaridades regionais e locais, tanto que as Leis Orgânicas nº 8.080/90 e nº 8.142/90 são de âmbito federal, desempenhando o papel de norma geral do SUS, possuindo um papel primário.

Os Municípios não possuem verba suficiente para suportar o encargo da manutenção da saúde de todos, motivo pelo qual restringem o fornecimento de medicamentos à Rename.

#### **1.5 Lista de medicamento do Sistema Único de Saúde**

Oliveira, Bermudez e Castro (2007) destacaram que a política de distribuição de medicamentos se inicia com a escolha dos medi-

camentos que serão distribuídos na rede pública. Tal escolha avalia a melhor evidência farmacológica clínica, estuda-se a eficácia, a efetividade e a segurança dos medicamentos, além de analisar o custo-benefício, havendo um comparativo entre economia e disponibilidade no mercado. Após tais estudos é que um medicamento consta da Rename, lista de medicamentos básicos do SUS.

A Organização Mundial da Saúde define medicamentos essenciais como os que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias epidemiologicamente da população. Estes devem ser fornecidos constantemente, por refletir as necessidades coletivas e não somente segmentos específicos.

No Brasil os médicos possuem o hábito, ao prescreverem medicamentos, de indicar o nome comercial, fato que dificulta o uso do medicamento genérico, contrariando a previsão do artigo 3º da Lei nº 9.787/99.

O Poder Público, normalmente, consegue disponibilizar regularmente o remédio, contudo, por possuir o nome comercial, tal cumprimento não é possível, por determinar o laboratório e não apenas o princípio ativo do medicamento; assim como o Formulário Terapêutico Nacional, que orienta os médicos em relação ao manuseio de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado.

Vieira e Zucchi (2007) elaboraram uma pesquisa, concluindo que grande número das decisões judiciais fornecem medicamentos que não estão previstos na lista do SUS e, desses fornecidos, muitos possuem substitutos mais baratos, os genéricos, mas mesmo assim são concedidos os mais onerosos. Além disso, quanto aos concedidos por magistrados, a comercialização não foi sequer autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pois a efetividade não foi comprovada.

O Ministro Luiz Fux, no Mandado de Segurança 8895, defendeu que os pareceres médicos não podem ser determinantes para se negar o financiamento do tratamento, pois em outros países já há resultados positivos, sendo um “fato notório”. O Ministro induz que a burocracia, em vez de gerar uma segurança, apenas dificulta o acesso, fato que não condiz com a realidade, pois de fato o tratamento pode ter um sucesso aparente, mas se desconhecem seus efeitos colaterais, que podem ser gravosos à saúde do paciente.

Conclui-se que nem sempre o Poder Público atende as necessidades do indivíduo, seja em decorrência da peculiaridade da doença, por necessidade de medicamento especial ou simplesmente pelo fato de o medicamento não constar da Rename; fato que enseja demanda judicial. Contudo, no último caso o adequado é uma ação coletiva, afinal todos têm direito a tal medicamento,

devendo este passar a constar da Rename, respeitando o princípio da isonomia.

## 2 Efetividade do direito à saúde

### 2.1 Orçamento público

Os entes federados devem respeitar a previsão orçamentária, em decorrência do princípio da legalidade, e o Estado possui o dever de efetivar e proteger a dignidade das pessoas, para isso é necessário haver saúde.

O Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF, destaca o encargo governamental de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, com base no binômio razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, pois se faltar algum requisito o Estado não possuirá condições de colocar em prática tais direitos.

Os gastos públicos voltados para medicamentos têm aumentado a cada ano, muitas vezes sem planejamento, como é o caso da compra ordenada via ação judicial.

A *Folha de S.Paulo* em 2007 publicou uma reportagem do Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que afirmou que os Estados gastaram em média 500 milhões de reais por ano apenas para cumprir as decisões judiciais referentes a medicamentos e tratamentos médicos.

O jornal fez uma comparação, informando que os 86 milhões de reais gastos no Brasil beneficiaram apenas 10 mil pacientes, enquanto o gasto governamental federal total, 284 milhões de reais, beneficiou 250 mil pessoas do programa dos medicamentos mais caros distribuídos pelo SUS.

Os magistrados não percebem que, ao proferir uma decisão que obriga o Estado a utilizar os recursos para fornecer um bem de saúde com o objetivo de proteger o direito de um indivíduo, possivelmente estarão restringindo o direito à saúde de uma coletividade.

O Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão da Tutela Antecipada 175, ressaltou que o alto custo do medicamento não é justificativa para o não fornecimento, diante da Política de Dispensação de Medicamentos Excepcional, que visa justamente à população acometida por enfermidades.

Alexy (2008) afirma que o Estado deve fornecer ao indivíduo exatamente o que ele pode exigir da sociedade, de forma que mesmo havendo recursos disponíveis não haverá obrigação do Estado se extrapolar os limites do razoável.

Conclui-se que o orçamento público anual prevê os gastos do Estado naquele ano, contudo, diante de uma situação inesperada, como uma determinação judicial, é necessário remanejar os gastos públicos predefinidos e, muitas vezes, tal alteração não é viável, sendo alegada a reserva do possível pelos entes públicos.

## 2.2 Reserva do possível

A partir dos anos 2000 discursava-se a respeito da impossibilidade da justificativa da reserva do possível como impedimento à efetivação dos direitos sociais, contudo todos concordam com o fato de os direitos sociais necessitarem de custos. Atualmente não se tem mais o entendimento de tal impossibilidade, tanto que tem sido aplicada em sentido contrário, variando conforme o caso concreto.

Lima (2001) define reserva do possível como uma construção da doutrina alemã que visa à possibilidade e extensão da efetivação dos direitos sociais e fundamentais, diante da disponibilidade dos recursos públicos.

Gouvêa (2010) distingue a reserva do possível em fática e jurídica. A primeira trata da falta de recursos financeiros, já a segunda refere-se ao contingenciamento financeiro dos direitos prestacionais, onde às vezes há recurso financeiro, contudo falta previsão orçamentária que destine o valor para aquela determinada área.

O artigo 167, I da Constituição veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, além de o inciso II do mesmo artigo vedar a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, assim como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, conforme inciso VI do referido artigo, fato que demonstra a preocupação do constituinte originário em manter o planejamento de todas as despesas, a fim de se alcançar o todo esperado. Contudo, como a previsão orçamentária e o direito fundamental encontram-se no mesmo patamar hierárquico, há conflito de normas, no qual o magistrado pende a beneficiar o direito fundamental diante da superioridade axiológica.

O doutrinador Sarlet (2003) admite a existência de limites à concretização dos direitos sociais, no entanto tais limites devem ser relativizados conforme o caso concreto, de modo que a reserva do possível só pode ser aplicada na parte flexível dos direitos fundamentais, na parte que sofre evolução consonante com as escolhas políticas da sociedade.



Diante de um caso concreto, o Estado sempre se mostrará detentor de recursos suficientes, entretanto as pluralidades de ações individuais geram um gasto imenso. Se forem manejadas ações coletivas, obter-se-á maior abrangência, além do fato de a ação coletiva diminuir a discricionariedade do Poder Executivo e gerar uma participação indireta na elaboração orçamentária das políticas públicas, visando à diminuição da limitação da reserva do possível ao longo do tempo.

### 2.3 Isonomia

Conforme mencionado pelo Ministério da Saúde brasileiro, houve uma grande evolução na saúde mundial nos últimos anos, contudo os benefícios estão mal distribuídos entre os países.

Pogge (2010) destaca o fato de haver muitas doenças já controláveis, mas que continuam a resultar até mesmo em mortes, que seriam evitáveis se houvesse o acesso às ferramentas e tecnologias existentes. Atualmente um terço das mortes está relacionado à pobreza, seja de maneira direta ou indireta.

A Constituição prevê o princípio da universalidade, do acesso igualitário e universal em relação ao direito à saúde, independente da extensão territorial e da densidade populacional do Brasil, devendo-se garantir políticas públicas contínuas e eficazes a toda a sociedade, de forma integral.

O direito à saúde do ponto de vista social visa à igualdade, através de limitações para que todos tenham os mesmos direitos concretizados, porém a tutela judicial gera disparidades na distribuição dos recursos destinados à saúde, pois aplica quantia significativa dos recursos do Sistema Único de Saúde a uma pequena parcela populacional.

As autoras Vieira e Zucchi (2007) fizeram uma pesquisa sobre as ações judiciais com pedido de fornecimento de medicamentos em face da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo no ano de 2005 e chegaram à conclusão de que 54% das ações foram defendidas por advogados privados e 63% dos requerentes moravam em áreas com menor grau de exclusão, restando nítido o acesso desigual aos bens públicos.

O professor Sarlet (2003) afirma que a função dos direitos sociais é garantir a prestação de serviço por parte do Estado à sociedade, de forma a assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas, visando ao núcleo comum a todos, algo que mantenha a estrutura social, independente da hipercomplexibilidade da sociedade, pelo fato de formarem uma única organização política.

O ato do Poder Judiciário em dar efetividade ao direito à saúde, normalmente, gera um desrespeito ao princípio da igualdade, pois quem está na fila de espera é preterido, uma vez que a decisão judicial ordena o atendimento para aquele cidadão que buscou o Poder Judiciário.

O grande problema da judicialização da saúde é que o Poder Judiciário só se manifesta diante provocação, fato que gera a exclusão das pessoas que permanecem inertes, aguardando nas filas, além de as decisões, normalmente, visarem a um bem singular, e não a um coletivo.

Quem possui informação e escolaridade, conhece os seus direitos e, conseqüentemente, recorre ao Poder Judiciário. As pessoas com pouca instrução, mesmo quando possuem consciência de seus direitos, tendem a hesitar em recorrer ao Judiciário, seja por acreditar que se trata de procedimentos complicados, com formalismos, seja, até mesmo, por considerar os ambientes intimidadores.

A falta de isonomia pode ser atenuada com o aumento do diálogo entre os Poderes Judiciário e Executivo, pois haveria um debate, com maior entendimento, referente às questões médicas, científicas, orçamentárias, de justiça distributiva, assim como à Rename, entre outros pontos necessários para se atingir um resultado isonômico.

### **3 Aplicação do direito à saúde**

#### **3.1 Ação civil pública**

Meirelles (1988) destaca se tratar de um instrumento processual que protege os interesses difusos da sociedade, não amparando os direitos individuais nem reparando prejuízos causados por particulares.

Possui como objetivo a prevenção ou até mesmo a repressão aos danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração econômica; à ordem urbanística.

Vale observar que o uso da ação civil pública evita julgamentos contraditórios em casos semelhantes, aumentando a segurança jurídica, além de gerar uma grande economia processual.

O inquérito civil antecede a ação civil pública, visando a um diálogo entre as partes para permitir que a Administração corrija eventual falha de sua parte através de um Termo de Ajustamento de Conduta, mas, caso não haja uma solução prévia, fornece ao magistrado informações com melhor embasamento técnico.

A ação civil pública possui menor custo e uma velocidade diferenciada, sendo mais eficaz, além de permitir que interesses mais difusos e menos organizados se manifestem. Dworkin (1996) reforça tal ideia ao afirmar que alguns cidadãos podem contribuir mais em debates públicos do que por meio de um único voto, em relação ao Poder Legislativo.

As ações coletivas, em específico as ações civis públicas, superaram a dicotomia entre ganhador e perdedor, posto que buscam uma negociação, através do diálogo entre os Poderes, com objetivo de ganho coletivo.

Assim, Poder Judiciário se torna uma opção para a solução de conflitos coletivos, alterando o relacionamento entre os Poderes.

Conclui-se que a ação civil pública é o instrumento processual hábil para se provocar o Poder Judiciário, a fim de garantir o interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, no qual a decisão judicial é extensível a todo o grupo, por possuir uma condenação genérica ao Estado; por exemplo, o dever de disponibilizar na rede pública determinado medicamento. Além disso, tal ação possui um procedimento prévio, o inquérito civil, que informa elementos de ordem técnica, visando respaldar e motivar o Ministério Público na propositura da ação.

### 3.2 Separação dos Poderes

A separação de Poderes é cláusula pétrea, prevista no artigo 60, § 4º, III da Constituição Federal, contudo permite uma evolução necessária, desde que se preserve o núcleo essencial.

A separação de Poderes visa ao equilíbrio, em que os poderes estabelecem um controle entre si, o freio e contrapeso, a fim de evitar a arbitrariedade. Trata-se de uma interferência pontual de um poder no outro, não sendo vista como uma subordinação, mas como um controle.

As funções atípicas estão previstas na Constituição, a fim de evitar uma relação de pressão entre os órgãos. Há autonomia, além do exercício da função atípica, que corresponde a uma opção política de governabilidade e de relacionamento entre os Poderes, feita pelo constituinte originário. Esse fato não esvazia a função típica de cada ente, pois não permite interpretação expansiva.

A evolução político-social alterou as estruturas estatais, fato que atribuiu às instituições governamentais a função de promotor ativo de mudanças sociais, não cabendo mais a interpretação estanque da teoria da separação de Poderes.

O sentido promocional da atividade estatal visa ao cumprimento igualitário da justiça social diante da escassez de recursos, a

fim de concretizar determinadas políticas públicas tornando as normas jurídicas abstratas e genéricas em técnicas e específicas, o que resultou na judicialização.

O Poder Judiciário deve zelar tanto pelos direitos individuais como pelos coletivos, devendo atuar com cautela, para não alterar significativamente as funções dos demais Poderes.

Conclui-se que não há uma violação ao princípio da separação de Poderes em determinados casos, contudo o Poder Judiciário não teria competência para fazer tal análise, pois trabalha com a microjustiça, a justiça do caso concreto, não examinando as consequências globais da destinação de recursos públicos para um indivíduo.

### 3.3 Judicialização

A Constituição é muito abrangente, motivo pelo qual a problemática dos direitos sociais tem sido solucionada diversas vezes no Poder Judiciário, além do fato político estar normatizado na Constituição.

A Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, por consequência da necessidade de normatizar uma realidade mutável, de forma que permaneça como um limite geral ao exercício do Poder Público, independentemente da orientação política do momento.

O Conselho Nacional de Justiça orienta os magistrados a esgotar a via administrativa, a fim de conter as demandas e gerar uma racionalização, onde o controle judicial seria visto como uma medida absolutamente excepcional.

O Poder Judiciário, ao efetivar o exercício da cidadania, ao concretizar os direitos sociais, em específico o direito à saúde, analisa a dignidade da pessoa humana, fato que muitas vezes colide com a política estabelecida pelos governos.

A judicialização visa a um equilíbrio através da efetivação do que foi determinado pela Constituição e do respeito à concepção dos demais Poderes, em relação ao que a Constituição exige, ou ao que ela permite.

Fato contrário surge com o ativismo judicial, onde a atuação ocorre diante da omissão dos demais Poderes, o que é impróprio, pois não pode haver manifestação do Poder Judiciário sem a devida previsão da Constituição, por consequência de a democracia se concretizar com os direitos da maioria.

Barroso (2009) aponta a diferença entre judicialização e ativismo judicial: a primeira é um fato resultante da redemocratização do país, da constitucionalização, do sistema de controle de constitucionalidade, sendo uma circunstância do modelo constitucional, en-

quanto o segundo é um ato do Judiciário diante da omissão dos demais Poderes.

O Poder Judiciário não interfere na apreciação ou na discricionariedade dos demais Poderes, pois, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão da omissão absoluta do direito à saúde, mas da falta do cumprimento de políticas públicas já estabelecidas. A determinação judicial, habitualmente, apenas determina o cumprimento de políticas públicas já existentes.

A legislação normalmente visa à maioria, contudo a decisão dada pelas cortes analisa o direito da minoria, concretizando com o melhor argumento.

No caso de a determinação judicial visar a algo que não se encontra nas políticas do SUS, deve-se analisar se tal fato decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecimento ou de uma vedação legal à dispensação.

### **3.4 Demandas judiciais que visam a medicamentos**

O Poder Judiciário é acionado sempre que um mandamento constitucional é desobedecido, o que ocorre quando um ente público se nega a prestar um atendimento fundamental à cidadania.

O Conselho Nacional de Justiça, diante da ausência de conhecimento técnico dos magistrados referente à saúde, recomendou a criação de uma vara especializada na saúde, onde se possuiria um suporte adequado, minimizando o exagero dos direitos individuais em prol dos direitos coletivos, fato que decorre da ausência de critérios definidos e da discricionariedade do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal fez audiências públicas com o apoio técnico de profissionais da saúde, que utilizaram determinados critérios. O primeiro foi avaliar se o medicamento consta da RENAME e se está em falta. Caso o medicamento não conste da RENAME, verificaram se há remédio similar, podendo o paciente provar que o medicamento similar não produz efeito em seu organismo. Lembre-se que, no caso de o medicamento não ter sido aprovado pelo Ministério da Saúde, não pode o Judiciário determinar o fornecimento.

Os juízes que concedem medicamentos inapropriados, seja em decorrência de não constar das listas de medicamentos do sistema público de saúde, seja por não possuir a eficácia comprovada, ou por não haver autorização da Agência Nacional de Vigilância Sa-

nitária, expõem a saúde dos pacientes, além de gerar um impacto para o administrador público, que necessitará cortar outros gastos previstos, para cumprir a decisão judicial.

É indiscutível a prestação material do Estado em fornecer medicamento a todos, o que se discute é o meio utilizado para se atingir tal direito, pois, ao passo que se garante proteção jurídica a doenças complexas, pessoas que demandam cuidados simples ficam desamparadas em decorrência da falta de acessibilidade jurídica. Por esse motivo, deve ser proposta ação coletiva, a fim de beneficiar todos da mesma maneira.

Clève (2003) é adepto de posicionamento similar e afirma ser correto defender a efetivação dos direitos sociais por ações coletivas, especialmente das ações civis públicas, o que compeliaria o Poder Público a um planejamento orçamentário que englobasse as necessidades dos direitos essenciais, evitando remanejamento futuro. O Poder Judiciário, em vez de impor ao Estado o fornecimento de medicamento, apenas obrigaria a cumprir o disposto na lei orçamentária, havendo uma maior efetivação dos direitos sociais, uma real isonomia e uma diminuição no Judiciário de demandas repetitivas.

Conclui-se com a afirmação de Krell (2002) de que o Poder Judiciário não cria políticas públicas, mas pode determinar sua execução conforme previsão na Constituição, possuindo uma importante finalidade de direcionar os poderes políticos, sem necessariamente ser um Judiciário intervencionista, que controla os serviços básicos prestados, mas que respeita a programação orçamentária anual e suas previsões legais.

## Conclusão

A medicina evolui muito rápido, impondo ao direito à saúde uma tendência programática, necessitando sempre rever as políticas sociais e econômicas, em consequência do surgimento de novas descobertas, exames, procedimentos cirúrgicos, doenças ou até mesmo a volta de uma doença supostamente erradicada. Tal evolução dificulta o acompanhamento pela burocracia administrativa.

O direito à saúde deve ser interpretado com fundamento nos princípios da equidade e da universalidade, permitindo a igualdade de acesso à saúde, que é limitada pela escassez de recursos financeiros, não sendo possível concretizar o atendimento ilimitado a todos, motivo pelo qual é distribuído com a finalidade de reduzir as diferenças entre os indivíduos.

Por conduzir tal direito para a esfera individual, ocorreu a judicialização, que gerou uma intervenção do Poder Judiciário em excesso, referente às políticas de saúde sobre medicamento.

A Ministra Ellen Gracie, nas decisões de Suspensão de Mandado de Segurança 3158 do Rio Grande do Norte e 3205 do Amazonas, reconsiderou suas decisões, pois a princípio alegou que somente os medicamentos da lista do SUS é que possuíam a obrigatoriedade de serem fornecidos. As ações judiciais referentes a medicamentos que são indeferidas possuem uma conotação desumana, não sendo bem recepcionadas pela sociedade, por haver a equivocada ligação da negativa do fornecimento de medicamento com a negativa do direito à saúde.

Faria (1994) afirma que o Judiciário sempre se voltou para os interesses individuais, devendo alterar tal posicionamento e dedicar atenção especial ao interesse coletivo, saindo do universo microjurídico para o macrojurídico, de forma que a solução de uma situação individual seja tratada de forma coletiva, por envolver alocação de recursos públicos.

Conclui-se que não há meio de se garantir o direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988, diverso do direito das políticas públicas, por envolver um grande número de pessoas e de doenças, com o orçamento limitado. Na realidade, deve-se alterar e/ou acrescentar medicamentos na lista do SUS, através de ações coletivas, conforme a necessidade da sociedade, de forma a possibilitar a previsão orçamentária anual condizente à realidade, de acordo com a possibilidade, por haver outros direitos sociais que também necessitam de tais recursos financeiros.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização e ativismo judicial no Brasil e EUA**. In: SEMINÁRIO DIREITO E DESENVOLVIMENTO ENTRE BRASIL E EUA, 2009, Rio de Janeiro. Palestra. DVD - disco 1.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso d217e Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: Renome. 7. ed. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010final.pdf>>. Acesso em: dez. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+45%29&base=baseAcordados>>. Acesso em: dez. 2013.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 8895. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Seguran%E7a+8895%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada 175. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf)>. Acesso em: dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada 81/SC. Disponível em: <<http://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24121643/agravo-de-instrumento-ag-20130222802-sc-2013022280-2-acordao-tjsc/inteiro-teor-24121644>>. Acesso em: jun. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Mandado de Segurança 3158. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Seguran%E7a+3158+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nloe84k>>. Acesso em: jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Mandado de Segurança 3205. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Seguran%E7a+3205%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ndyrsou](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Seguran%E7a+3205%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ndyrsou)>. Acesso em: jun. 2014.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **SUS** - Sistema de Saúde. São Paulo: Editora da Unicamp, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Boletim Científico** - Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: the moral reading of the American constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Marcos Bosi. **Dilemas e Escolhas do Sistema de Saúde**. Rio de Janeiro: Medbook, 2008.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. São Paulo: MP Ed., 2006.

GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho, 2010. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: out. 2013.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2177>>. Acesso em: dez. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Da efetividade dos direitos econômicos culturais e sociais**. São Paulo: Método, 2001.



- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: Malheiros, 1988.
- NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiane Vieira. **O Sistema Único de Saúde - SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.
- OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; CASTRO, Cláudia Garcia Serpa Osorio de. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- POGGE, Thomas. Pobreza, **Direitos Humanos e Justiça Global**. 22 fev. 2010. Disponível em: <<http://paginasdefilosofia.blogspot.com.br/2010/02/thomas-pogge-pobreza-direitos-humanos-e.html>>. Acesso em: dez. 2013.
- ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde**. São Paulo: LTr, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TORTATO, Mari. Temporão acusa Justiça de tomar “lugar dos médicos”. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 19 out. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u337955.shtml>>. Acesso em: dez. 2013.
- VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007.