

A OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS VIA AÇÃO JUDICIAL E O IMPACTO NO ORÇAMENTO PÚBLICO

Laís Cristine Visnheski Lopes

RESUMO: O presente artigo busca discutir o impacto causado no orçamento público pela obtenção de medicamentos no Poder Judiciário, em que os juízes obrigam a Administração Pública a fornecer medicamentos que não constam nas listas de medicamentos essenciais ou que nem mesmo são autorizados no Brasil pela ANVISA, fazendo com que o poder público retire verbas destinadas às outras políticas públicas para cumprir as decisões judiciais. A assistência farmacêutica é uma parte importante do direito à saúde, intimamente ligado com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e vêm sendo constantemente levado para debate num Poder Judiciário despreparado que parece se preocupar unicamente com a micro-justiça, esquecendo-se que não é sua função alocar recursos para atender as necessidades sociais.

Palavras-chave: Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. Políticas Públicas. Judicialização da saúde.

INTRODUÇÃO

Dos diversos direitos hoje reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, um dos mais debatidos quanto à sua amplitude certamente é o direito à saúde, incluída a assistência farmacêutica. Esse debate saiu da esfera política e ganhou uma força extraordinária no Poder Judiciário, em que houve um aumento exponencial de ações requerendo que o Estado fornecesse medicamentos que não constavam nas listas de medicamentos feitas pelo Poder Público, gerando gastos estratosféricos para os entes federativos, chegando até mesmo a atrapalhar a execução das outras políticas públicas.

Como bem lembra Barroso, “o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa ques-

tão”¹. Neste trabalho tentaremos ao menos elucidar alguns conceitos e ideias gerais sobre os direitos fundamentais e o direito à saúde, que nos levará à assistência farmacêutica para que somente então possamos entender o quão importante é conhecer e debater as políticas públicas e as decisões judiciais que acabam interferindo nesse campo.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais² são aqueles direitos que foram reconhecidos e positivados pela ordem constitucional de um Estado. A doutrina classifica esses direitos em gerações (ou dimensões), em que cada nova geração expande os direitos conquistados pela geração anterior, no que se constata a característica histórica e relativa³ destes. São comumente classificados em primeira, segunda e terceira dimensões, apesar de haver parte da doutrina⁴ que também identifica direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos civis e políticos, entre os quais se destacam o direito à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (formal). São direitos negativos (também chamados de defesa), ou seja, requerem prestações negativas do Estado. A segunda dimensão dos direitos fundamentais compreende os direitos sociais, culturais e econômicos, como os direitos trabalhistas, à saúde, à educação, à moradia, entre outros. Associa-se à noção de igualdade material, visto que apenas possuir liberdades sem as condições mínimas para exercê-las não é o suficiente. São direitos positivos, em que é necessário por parte do Estado uma prestação positiva, o que implica na aplicação de recursos orçamentários para tal. A terceira dimensão dos direitos fundamentais possui o teor da

¹ BARROSO. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.*

² Também chamados de direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (SILVA, 2012: 175-179).

³ BOBBIO, 2004, p. 26 et. seq.

⁴ Exemplos de autores que nos mostram tais tendências são Norberto Bobbio, o qual diz que a quarta dimensão é referente aos avanços na pesquisa biológica (BOBBIO, 2004: 9) e Paulo Bonavides que vê a quarta geração como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2013: 589-591). Bonavides até mesmo fala sobre uma quinta geração, como sendo o direito à paz (Ibid., p. 598 et. seq.). Entretanto, ainda não houve a efetiva consagração na ordem internacional e nem em ordens constitucionais internas de tais dimensões (SARLET, 2012: 263).

solidariedade ou fraternidade. Os principais exemplos dessa dimensão é o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e à comunicação. São direitos transindividuais, ou seja, transcendem a esfera de um único indivíduo e apontam para o próprio gênero humano como um todo.

Atualmente, os direitos fundamentais estão completamente associados às noções de Estado Democrático de Direito e Dignidade da Pessoa Humana. O princípio da dignidade da pessoa humana pode até mesmo ser considerado o ponto em que todos os direitos fundamentais convergem. Ambas as noções foram consagradas logo no art. 1º da Constituição Federal de 1988, em que a dignidade da pessoa humana surge com fundamento da República Federativa do Brasil pela primeira vez na história, mostrando a preocupação com o ser humano que a ordem jurídica agora passa a adotar. Entenderemos dignidade da pessoa humana como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê diversos direitos fundamentais, que podem ser classificados em grupos: direitos individuais (art. 5º); direitos à nacionalidade (art. 12); direitos políticos (arts. 14 a 17); direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários (arts. 3º e 225)⁶.

Por força do art. 60, §4º, IV há a proibição de supressão dos direitos e garantias individuais por serem cláusulas pétreas (que por interpretação sistemática da Constituição abrange também os direitos sociais). Além disso, pelo §1º do art. 5º todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que significa dizer que tais normas vinculam os Poderes e órgãos estatais a prestar o que for necessário para sua concretização.

Esse é um preceito extremamente importante, especialmente na esfera dos direitos sociais, que passaram por uma crise de observância e execução quando começaram a ser reconhecidos pelas Constituições do início do século XX, em que ficaram apenas como normas programáticas, ou seja, aquelas em que o legislador,

⁵ SARLET, 2007.

⁶ SILVA, 2012: 184.

“ao invés de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (SILVA, 2009). Portanto, agora com tal preceito no texto constitucional “é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma” (BONAVIDES, 2013).

Mas ainda, a competência para aplicar esses preceitos, se descumpridos por seus destinatários, será do Poder Judiciário, mediante ação judicial, como afirmado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrada no inciso XXXV do art. 5º da CF. Assim, não há mais como o poder público se esgueirar de cumprir as normas referentes aos direitos sociais, afinal a Constituição não apenas sugere, ela ordena.

2 O DIREITO À SAÚDE E A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Um dos direitos sociais que foram definidos em norma programática pela CF/88 foi o direito à saúde (indicado como direito social no art. 6º e desenvolvido nos arts. 196 a 200, localizados na Seção II do Capítulo II - da Seguridade Social - do Título VIII - da Ordem Social). Tal direito possui uma profunda ligação com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, pois

o direito à vida (e no que se verifica a conexão, também o direito à saúde) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito a vida, o direito a saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível (SARLET, 2012: 576).

Assim como os outros direitos sociais, o direito à saúde possui uma natureza dupla: a negativa, “que consiste no direito a exigir do Estado (ou terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde”⁷ (que o caracteriza como um direito de 1º dimensão), e a positiva, “que significa que o direito às medidas e prestações estatais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”⁸ (que o carac-

⁷ CANOTILHO; MOREIRA, 1991 apud SILVA, 2012, p. 309.

⁸ CANOTILHO; MOREIRA, 1991 apud SILVA, 2012, p. 309.

teriza como um direito de 2º dimensão). Além disso, o direito à saúde é um direito da coletividade, de todos (que o caracteriza como um direito metaindividual - difuso e coletivo - de 3º dimensão⁹).

Em março de 1986, levando em conta o conceito proposto pela OMS¹⁰, o direito à saúde foi definido no Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde como

a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

O art. 196 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) seguiu essa conceituação dizendo que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. É esse artigo que inaugura a Seção¹¹ que trata da saúde, onde estão localizados os dispositivos mais importantes referentes a esse tema. Além disso, há diversas outras passagens na CF que tratam ou interferem no tema da saúde, como por exemplo, a proteção ao meio ambiente, que é essencial para a manutenção da saúde coletiva e individual¹².

O art. 197 da CF/88 diz que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Já o art. 198 diz que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes fixadas: descentralização; atendimento integral e participação da comunidade. O art. 199 abre liberdade para a iniciativa privada agir em caráter complemen-

⁹ ROCHA, 2011, p. 19.

¹⁰ O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946 definiu ‘saúde’ como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Tal conceituação recebeu críticas, como por exemplo, a dos trabalhadores sanitários que “questionaram afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, ela não é operacional”, mas apesar disso ainda é o conceito que possui maior aceitação. (DALLARI. *O direito à saúde*.)

¹¹ Os artigos 196 a 200 são os principais dispositivos sobre saúde encontrados na Constituição e se localizam na Seção II - Da Saúde, do Capítulo II - Da Seguridade Social, do Título VIII - Da Ordem Social.

¹² A proteção do meio ambiente também é uma das competências que a CF atribuiu ao sistema único de saúde no art. 200, VIII.

tar na assistência à saúde. O art. 200 coloca um rol exemplificativo de atribuições do sistema único de saúde.

A Constituição Federal atribuiu à União, aos Estados e aos Municípios a competência para legislar concorrentemente sobre a proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), e no âmbito administrativo atribuiu competência comum aos três entes para cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II). Logicamente, essa divisão de competências mostra que os entes federativos devem trabalhar conjuntamente para dar maior operacionalização para o direito à saúde, visto sua fundamentalidade para a população em geral.

Então, foi aprovada a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, em que o sistema único de saúde citado no art. 198 e 200 foi regulamentado e que as competências de cada ente federativo no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) foram detalhadas (art. 15 ao 18). A referida lei dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Um dos pontos importantes da Lei Orgânica da Saúde é a descentralização dos serviços para os municípios, mencionada diversas vezes ao decorrer do texto da lei¹³. Com essa municipalização, ficou com a direção municipal do SUS planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I), e à direção estadual e nacional coube suprir eventuais ausências por parte dos municípios¹⁴.

Está incluído no campo de atuação do SUS “a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” (art. 6º, I, d) e “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI).

A principal política pública adotada na questão da assistência farmacêutica é a de distribuição de medicamentos¹⁵, que teve sua regulação, principalmente, por

¹³ Exemplos são o art. 7º, IX, a, no art. 16, XV e art. 17, I.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.

¹⁵ Os medicamentos são substâncias capazes de provocar modificações no funcionamento do nosso organismo e restabelecer-nos a saúde, e devem ser administrados na dose e tempo corretos. É uma

meio da Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que estabeleceu as diretrizes, as prioridades, as responsabilidades das esferas de governo no âmbito do SUS, o acompanhamento e avaliação e algumas terminologias referentes à Política Nacional de Medicamentos (PNM) com o propósito precípua de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Uma das diretrizes e prioridades definidas na PNM é a adoção e a revisão permanente da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais¹⁶ (RENAME), considerada como imprescindível instrumento de ação do SUS, que será integrada por aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Utilizando a RENAME como base, os Estados e os Municípios organizam suas próprias listas de medicamentos essenciais (Relação Estadual de Medicamentos Essenciais, RESME, e Relação Municipal de Medicamentos Essenciais, REMUME). A RENAME é atualizada pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (COMARE)¹⁷, que é composta por órgãos do governo, incluindo instâncias gestoras do SUS, universidades e entidades de representação de profissionais da saúde.¹⁸

As diretrizes da PNM foram estabelecidas com o objetivo de assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade e ao menor custo possível. Um dos órgãos que atuam para garantir a segurança, eficácia e qualidade de medicamentos é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹⁹ que regulamenta, controla e fiscaliza os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, sendo a agência que pode autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação de medicamentos (Art. 7º, VII).

Além da Lei Orgânica da Saúde e da PNM, há diversas outras normas referentes à saúde e às políticas de distribuição de medicamentos, seja em âmbito nacional, estadual ou municipal. Entretanto, não há porque se aprofundar no estudo de

das principais formas de se tratar doenças e muitas vezes é graças a tais fármacos que vidas podem ser salvas. É de extrema importância para a saúde e a vida.

¹⁶ Importante lembrar que o Brasil já elaborava listas oficiais de medicamentos desde 1964, e suas atualizações eram realizadas pela Central de Medicamentos (CEME). Apenas em 1975 as listas oficiais passaram a se chamar RENAME.

¹⁷ A COMARE foi criada pelo Ministério da Saúde através da Portaria GM nº 1.254, de 29 de Julho de 2005.

¹⁸ A última revisão da RENAME foi feita em 2014.

¹⁹ Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

outras legislações visto que todas elas acabam partindo, principalmente, das diretrizes gerais estabelecidas pelas duas normas já citadas. Ou seja, não se pode dizer que há inércia ou omissão do ponto de vista normativo por parte do Legislativo e Executivo que, seguindo os princípios da universalidade, equidade e integralidade, elabora e executa as políticas públicas, levando em conta a reserva do possível.

A “reserva do possível” é um ponto importante de ser lembrado, pois é certo que, principalmente (mas não somente), os direitos sociais geram custos para o Estado, ficando sua execução restrita ao limite orçamentário. Adotaremos a definição da “reserva do possível” proposta por Ingo Sarlet, que entende que ela possui pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras [...]; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, e nesta quadra, também da sua razoabilidade.²⁰

3 AÇÕES JUDICIAIS, OS MEDICAMENTOS E O ORÇAMENTO PÚBLICO

Pela teoria clássica da separação dos poderes, temos três poderes que exercem as funções estatais de forma independente e harmônica. Dessa forma, as políticas públicas²¹ podem ser formuladas principalmente por iniciativa dos poderes Executivo, ou Legislativo, separada ou conjuntamente, a partir de demandas e propostas da sociedade, em seus diversos seguimentos, e o poder Judiciário deveria se limitar a agir em casos de omissão, inconstitucionalidade e lesão ou ameaça de lesão de direitos. Entretanto, cada vez mais o Judiciário interfere nos atos da Adminis-

²⁰ SARLET, 2007.

²¹ “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito.*)

tração Pública, principalmente pelo modelo implantado pela CF/88 que trouxe grande número de direitos fundamentais para serem efetivados pelo Estado, que podem ser levados para o debate no Judiciário, visto que a função de tal Poder é ser o intérprete da Constituição e das leis.

Tal fenômeno ocorre também no campo da saúde e assistência farmacêutica, causando o que hoje é chamado de “judicialização da saúde”, em que as pessoas buscam o Judiciário como última alternativa para pedir algum tratamento que não esteja sendo adequadamente prestado pelo SUS, ou que ainda não tenha sido incluído no protocolo clínico. A evolução da jurisprudência do STJ e STF sobre o direito à saúde pode ser dividida em três fases:

Na primeira fase, iniciada em meados da década de 1990, denota-se a prevalência das teses da Fazenda Pública, no sentido da impossibilidade de atendimento estatal das demandas judicializadas relacionadas ao direito à saúde. Na segunda fase, que pode ser verificada a partir de uma série de julgados do ano de 2000, as duas cortes superiores passam a ressaltar aprioristicamente a necessidade de se resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, com base no mínimo existencial, para conceder pleitos ligados às prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias [...]. Finalmente, uma terceira fase inicia-se em meados da década de 2000, quando os tribunais eventualmente começam a negar pedidos ligados ao direito fundamental à saúde, analisando as questões próprias das ações – medicamentos fora da lista nacional, medicamentos experimentais etc.²²

Nessa terceira fase houve a convocação de uma audiência pública²³ pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009 para debater o tema e buscar parâmetros para as decisões judiciais, visto que a quantidade de ações não mais poderia ser ignorada. Impulsionado por essa audiência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou um Grupo de Trabalho²⁴ que acabou por instituir a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde.

²² BALESTRA NETO, 2015.

²³ Audiência Pública nº 4, realizada entre 27 de abril e 7 de maio de 2009, contou com depoimentos de pessoas com experiência e autoridade em relação ao SUS, contribuindo com o deslinde de questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde. (BALESTRA NETO, 2015).

²⁴ Instituído pela Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009 do CNJ.

Cumprindo a Resolução 107, o CNJ disponibilizou em seu sítio eletrônico o número de ações de saúde que tramitavam nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário: até junho de 2014 havia 62.291 ações na justiça federal; e 330.630 nas justiças estaduais (com exceção dos tribunais dos Estados do Amazonas, Pernambuco e Paraíba, que não enviaram informações).

Esse grande número de ações acabam, em sua maioria, com “decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas”²⁵. Não é raro também que ordenem a compra de medicamentos em tempo ínfimo, sob pena de multa diária; ou determinando a dispensa de procedimento de licitação para sua aquisição; ou ameaçando o bloqueio dos orçamentos dos entes federativos²⁶. Tais decisões descabidas “colocam em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”²⁷.

Em 2010, os gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais foi de R\$ 139,6 milhões. No ano de 2015 o gasto da União foi de R\$ 1,2 bilhão pelo mesmo motivo e há a previsão de R\$ 1,6 bilhão para o ano de 2016. O governo do Estado de São Paulo gasta aproximadamente R\$ 1 bilhão por ano para atender às decisões judiciais - valor que acaba sendo maior do que o todo o gasto em assistência farmacêutica do Estado, que é de R\$ 600 milhões. Os outros entes federativos também sofrem condenações por parte do Poder Judiciário, o que aumenta ainda mais o valor total, trazendo uma reflexão sobre quanta verba é empenhada apenas no cumprimento das decisões judiciais para beneficiar as poucas pessoas autoras das ações.

Focando na assistência farmacêutica, quando um medicamento está na RENAME e não está sendo distribuído corretamente pelo SUS, é indiscutível que uma ação judicial deve ser ajuizada, visto que o Estado não pode deixar de cumprir

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.

²⁶ YOSHINAGA, 2011.

²⁷ BARROSO, op. cit.

seus deveres. Agora, quando um medicamento não consta na lista e não possui certificação da ANVISA, a história é outra. Como já exposto anteriormente, os medicamentos são incorporados na RENAME após vários estudos que comprovem sua eficácia, segurança (e custo-benefício). Seria então a melhor opção um juiz que, na grande maioria das vezes, não possui as informações técnicas necessárias decida se um medicamento sem regulamentação no país seja fornecido às custas de dinheiro público? Não nos parece a melhor escolha.

Um caso recente que nos mostra os perigos do despreparo de juízes aconteceu no Estado de São Paulo, em que pacientes eram orientados por médicos a ingressarem com ações exigindo o fornecimento gratuito de um medicamento chamado Juxtapid (Iomitapida), com o custo diário de US\$ 1.000 por dia para cada paciente. O remédio é fabricado pelo Laboratório Aegerion Pharmaceuticals para combater o colesterol, e foi aprovado nos Estados Unidos apenas para portadores de uma doença genética rara chamada “hipercolesterolemia familiar homozigótica” e não é destinado ao tratamento de colesterol alto provocado por outras causas. 46 pacientes exigiram esse remédio (apenas 2 dessas pessoas realmente possuíam a doença citada), e a Justiça concedeu. O Governo do Estado de São Paulo gastou cerca de R\$ 40 milhões para cumprir os mandados judiciais até novembro de 2015 e alguns pacientes até mesmo tiveram efeitos colaterais decorrente do uso do medicamento.

Com esse caso, percebemos então como a concessão de medicamentos que não haviam sido autorizados pela ANVISA pelo judiciário pode causar um dano enorme: ao orçamento; àqueles pacientes que sofreram com efeitos colaterais e às pessoas que poderiam ter sido beneficiadas por algum outro programa para o qual essa verba poderia ter sido destinada.

Tal situação só foi realmente possível graças à tendência de os juízes concederem medicamentos sem realmente entenderem as necessidades técnicas de cada caso, o que facilitou a ação de empresas farmacêuticas e médicos que não se importam de passar por cima do interesse público para conseguir unicamente lucro e ganho individual.

O direito de receber medicamentos pelo Estado deve ser o mais abrangente possível tanto é que a realização de políticas públicas foi um papel atribuído e exe-

cutado principalmente pela Administração Pública exatamente pelo fato dela saber quanto de recursos está disponível, podendo alocá-los para atender as necessidades da maior parte possível da população. A judicialização “pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”²⁸.

É interessante notar que uma das justificativas da Portaria 3.916/98, que instituiu a PNM foi baseada na análise do perfil do consumidor de medicamentos, que gerou a conclusão de que se deve conferir especial atenção aos aspectos relativos ao uso racional, bem como à segurança, eficácia e qualidade dos produtos colocados à disposição da população brasileira. A análise do perfil consumidor brasileiro exposta na PNM foi dividida em três grupos:

o primeiro, formado por aqueles com renda acima de 10 salários mínimos, que corresponde a 15 por cento da população, consome 48% do mercado total e tem uma despesa média anual de 193,40 dólares per capita; o segundo, apresenta uma renda entre quatro a 10 salários mínimos, que corresponde a 34% da população, consome 36% do mercado e gasta, anualmente, em média, 64,15 dólares per capita; o terceiro, tem renda de zero a quatro salários mínimos, que representa 51% da população, consome 16% do mercado e tem uma despesa média anual de 18,95 dólares per capita.

Fica claro então que vivemos em uma sociedade desigual, em que a maior parte da população possui uma renda menor, e que por dedução, depende quase ou inteiramente dos medicamentos fornecidos pela rede pública. Um estudo²⁹ realizado em São Paulo mostrou que 60% das pessoas entrevistadas que conseguiram medicamentos por ação judicial tiveram suas ações propostas por serviços particulares (advogados ou associações); 60,63% dos beneficiários têm plano de saúde privado e a segunda maior parcela, ou 26,25%, eram pessoas atendidas em estabelecimentos do SUS-referência, serviço público especializado em tratamentos de excelência. Como bem lembra Barroso,

as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.

²⁹ TERRAGA, 2010.

conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial³⁰.

Um exemplo de como as decisões judiciais acabam reafirmando as desigualdades sociais presentes no nosso país nos é mostrado por Alberto Kanamura, citado por Virgílio Afonso da Silva, e certamente nos faz pensar sobre se a judicialização da saúde realmente é o melhor caminho para a sociedade:

Num país onde ainda se morre de desnutrição, por falta de água tratada ou por pura ignorância de preceitos sanitários primários, é difícil não questionar decisões [judiciais] que priorizam gastos em saúde para tratar o raro, quando o mesmo recurso poderia beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples de tratar. Não é demais lembrar que, neste momento, o governo tenta combater a fome endêmica medicando os atingidos com uma ajuda de R\$ 50 por família mensalmente, talvez menos de R\$ 100 por pessoa ao ano. (KANAMURA, Alberto Hideki. "O dilema do gestor da saúde", Folha de São Paulo (10.07.2003), p. A3).

O autor usa o exemplo da doença de Gaucher. No Estado de São Paulo, há cerca de cem portadores da doença que, em razão de decisões judiciais, recebem tratamento grátis. O tratamento custa, por pessoa, US\$ 9.620 por mês. Para essas cem pessoas, o custo anual é de mais de US\$ 10 milhões. Segundo os dados transcritos acima sobre o combate à fome endêmica, esse valor seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas por ano. Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter. Assim, se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá de sair de outras áreas. Com isso fica claro que, ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo.³¹

De um lado temos a Administração que entende que os recursos são escassos, precisa atender as necessidades da população e deve seguir as leis e princípios, buscando a macro-justiça e do outro, temos o Judiciário que entende o direito à saúde como exclusivamente integral e universal, sem se importar com as políticas públicas já formuladas, buscando a micro-justiça. O equilíbrio entre a dimensão individual e coletiva do direito à saúde parece estar completamente longe de ser alcançado.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.

³¹ SILVA, 2008.

CONCLUSÃO

O art. 196 da CF/88 diz que o direito à saúde será garantido *políticas sociais e econômicas*, não através de decisões judiciais³², e aquele que possui a melhor visão sobre quais políticas adotar é o Poder Executivo. Não nos parece correto, portanto, que o Judiciário ignore a RENAME e obrigue a Administração a fornecer medicamentos que não receberam autorização da ANVISA para serem comercializados no Brasil, sendo que para que os medicamentos recebam a autorização eles passam por testes que determinam sua eficácia e segurança.

Os juízes observam as demandas individuais buscando unicamente a micro-justiça e enquanto esse comportamento não mudar a coletividade continuará a sofrer os impactos de tais decisões. É lógico que as demandas individuais continuarão a existir e que o Poder Judiciário não pode deixar de julgá-las, mas é necessário que as decisões sejam proporcionais e razoáveis.

A adoção dos parâmetros apontados por Luís Roberto Barroso³³ poderia racionalizar a judicialização da saúde, o que consistiria basicamente em: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos; alteração das listas por meio de discussão no âmbito de ações coletivas, em que o Judiciário se ater a determinar a inclusão de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos, com disponibilidade no Brasil e optando pelos genéricos ou de menor custo, além de considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

E o que de certa forma complementa esses parâmetros seria a sugestão de Virgílio Afonso da Silva³⁴, em que o Judiciário exigisse explicações sobre a alocação de recursos para o poder político, para que assim o pudesse questionar de forma legítima; além de uma atuação do Judiciário em conjunto com Ministério Público para controlar as políticas públicas já existentes.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ SILVA, 2008.

Como já brevemente exposto anteriormente, o CNJ se mostrou preocupado com a questão da judicialização da saúde, criando o Fórum da Saúde para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos (Art. 1º). Uma dessas medidas foi um convênio celebrado com o Ministério da Saúde para que este ofereça apoio técnico para os juízes. Parece esse ser o primeiro passo para uma mudança no Judiciário que dará maiores condições dos juízes decidirem pensando em toda a coletividade, mas que não deve parar por aí, visto que a própria coletividade também deve se conscientizar e se lembrar de que o Estado não possui recursos infinitos e deve atender ao maior número de pessoas possível, respeitando o princípio da isonomia, e buscando a diminuição das desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

- BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde - evolução rumo à racionalidade. *In: Revista de Direito Sanitário*, v. 16, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>>. Acesso em: 26 ago. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2016.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERTA, Ruben. **União prevê gasto recorde com tratamentos por ordem judicial: Ministério da Saúde deve gastar R\$ 1,6 bilhão até o fim do ano.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/uniao-preve-gasto-recorde-com-tratamentos-por-ordem-judicial-19774203#ixzz4IXNb6UNv>>. Acesso em: 27 ago. 2016.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais

n^{os} 1/92 a 88/2015 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

_____. **Decreto Nº 7.508**, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interferativa, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. **Lei Nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916/GM**, 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASILEIROS. **SP vai barrar ações na Justiça que pedem por medicamentos e “excentricidades”**. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2016/04/sp-cria-comissao-para-tentar-barrar-acoes-na-justica-que-pedem-por-medicamentos/>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Fórum da Saúde**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

COSTA, Amanda. **Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais**. Agência Saúde, Atendimento à Imprensa. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-acoes-judiciais>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

CNJ, Fórum da Saúde: **Quantidade de demandas nos tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 16.

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) de 22 de julho de 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> . Acesso em: 14 ago. 2016.

PENIDO, Alexandre. **Ministério da Saúde firma parceria com CNJ para apoio técnico a juízes**. Agência Saúde, Atendimento à Imprensa. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/23970->

ministerio-da-saude-firma-parceria-com-cnj-para-apoio-tecnico-a-juizes>. Acesso em: 28 ago. 2016.

PORTAL DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Polícia Civil e Corregedoria deflagram esquema ilegal de medicamento: Denominada Operação Asclépio, ação causou prejuízo de R\$ 40 milhões a cofres públicos; há suspeita de pacientes sendo usados como cobaias.** Disponível em:

<<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia2.php?id=243231>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Revista brasileira de direito constitucional.* São Paulo, v. 5, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SEGGATO, Cristiane. **Os falsos doentes de R\$ 9,5 milhões: Os bastidores de uma das maiores fraudes já descobertas no Brasil envolvendo ações judiciais para fornecimento de remédios de alto custo.** Disponível em: <

<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/os-falsos-doentes-de-r-95-milhoes.html>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 35ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **O Estado democrático de direito.** Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em:

<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

TERRAGA, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: O caso das demandas judiciais de medicamentos. *In: Coleção Digital RDA - Revista de Direito Administrativo.* Belo Horizonte, 2010, n. 253, jan./abr. 2010. Disponível em:

<<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/9940/O%20Poder%20Judici%20rio%20como%20voz%20institucional%20dos%20pobres%20o%20caso%20das%20demandas%20judiciais.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE).* n. 24, 2011. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-JULIANA-YUMI.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.