**A judicialização do serviço público de saúde:** a atuação do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos[[1]](#footnote-1)

*Camila Andreia Nunes Pacífico de Paula\**

*Gessyane Rodrigues Costa\**

*Taisa Moura Ribeiro Macieira\**

**Sumário**: Introdução; 1 A assistência farmacêutica na Lei do SUS; 2 A relação do Poder Judiciário diante do direito à saúde; 3 Instrumentos processuais para efetivação do fornecimento de medicamentos; Considerações Finais; Referências.

**RESUMO**

Este presente trabalho tem por finalidade apresentar a influência que o Poder Judiciário detém no momento definir a concessão ou não de medicamentos pelo Poder Público diante de seu dever constitucionalmente estabelecido. Além de analisar com especificidade a Lei do SUS no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos e, ainda, os meios processuais constitucionais capazes de garantir o direito à saúde.

**PALAVRAS-CHAVE**

Direito à saúde. Lei do SUS. Poder Judiciário. Instrumentos processuais.

**INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a conceder a devida importância ao direito à saúde, na Carta Magna estão elencados diversos artigos que positivam o direito à saúde, dentre eles os arts. 6º e 196, além dos arts. 197, 198 e 200 que tratam das condições para sua efetivação. Em resumo ao que é expresso em todos esses artigos, o direito à saúde é conferido como direito fundamental social, intimamente relacionado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado a sua real garantia através de políticas públicas, e ainda como disposto no art. 5º, § 1º, adquire aplicabilidade imediata, tendo por isto eficácia plena.

Entretanto, o que se observa é a ineficácia das políticas públicas realizadas pelo Poder Público competente no cumprimento destas, pois “seu funcionamento demanda alto custo, há falta de investimentos, a pluralidade de normas não raro gera controvérsias que dificultam a atuação” (BARIONE; GANDINI; SOUZA, 2008, p. 3), dentre outros fatores que somados impedem a efetivação devida a essas políticas públicas. Por esta razão, tem crescido as demandas no Poder Judiciário em relação a ações para o Estado concretizar o direito à saúde, entre elas está a ação para fornecimento gratuito de medicamentos, a qual será o enfoque do nosso trabalho.

As ações, ou melhor, instrumentos processuais, as quais iremos tratar em tópico específico, propostas pela sociedade tem respaldo constitucional, uma vez que o direito á saúde corresponde a um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal, assim “a busca de sua concretização, no plano empírico, depende, via de regra, da existência de instrumentos de índole igualmente constitucional, por meio dos quais se possam fazer valer tais direitos” (DIDIER, 2011, p. 21), essas ações são chamadas pela doutrina de “remédios constitucionais”.

A omissão do Estado na prestação desse direito social, como dito acima, gerou um aumento nas demandas propostas no Poder Judiciário tal crescimento tem sido denominado de *judicialização da saúde* (BARIONE; GANDINI; SOUZA, 2008, p. 1)que se caracteriza como “a interferência do poder judiciário em questões que, primeiramente, são da competência dos poderes executivos ou legislativos” (BARATA; CHIEFFI, 2009, p. 1). Como bem observa Luís Roberto Barroso (2007, p. 3), essa intervenção do Poder Judiciário tem como um de seus objetivos garantir o direito à saúde exposto na Constituição Federal como um direito de todos e de acesso universal igualitário.

No que diz respeito à defesa pelos órgãos competentes em relação ao fornecimento do medicamento, os quais configuram como pólo passivo das ações, argumentam que não podem oferecer a assistência médica referida pelo fato de que não comportam no orçamento mínimo, ou seja, baseiam-se no princípio/teoria da Reserva do Possível, e que tal atitude do Judiciário em interferir nas atividades do Poder Executivo feriria o princípio da Separação dos Poderes. Por outro lado, os indivíduos ou coletividades que necessitam dos medicamentos sustentam seu posicionamento ao afirmar que o direito à saúde é um direito fundamental a qual deve ter efetiva aplicabilidade. Dessa forma, tanto na doutrina como na jurisprudência existem divergências em relação à melhor decisão a ser tomada nesses casos, sendo essencial que a Poder Judiciário cumpra alguns parâmetros para encontrar a decisão correta a fim de tentar garantir o direito à saúde e não comprometer a Reserva do Possível.

**1 A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NA LEI DO SUS**

Como já fora falado, a saúde é direito social fundamental estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Em sede do art. 196 da Carta Maior é estabelecido como garantia universal dada por políticas sócio-econômicas, dentre elas destacando-se o SUS (Sistema Único de Saúde).

Os critérios de atuação do SUS estão dispostos na Lei Orgânica de Saúde (lei nº 8.080/90) em seu art.6º. Trata ainda da formulação da política de medicamentos e da responsabilidade de se executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. No art. 7º da referida lei é apresentado os princípios do referido Sistema:

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

A assistência farmacêutica na esfera do SUS é agenciada pelo Ministério da Saúde através de uma listagem de medicamentos que devem estar disponíveis nas redes públicas de saúde. Essa lista é denominada de RENAME, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, e sua atualização é realizada pela Política Nacional de Medicamentos (PNM), publicada pela Portaria GM/MS nº 3.916/98. Tal política trouxe progressos relevantes no campo da regulamentação sanitária, no gerenciamento de medicamentos bem como na gestão da Assistência Farmacêutica, que como fora disposto na Constituição Federal é competência da União, dos entes federativos e dos municípios, através do critério de complexidade das ações e serviços (BARIONI; GANDIM; SOUZA, 2008).

Com o passar dos anos estabeleceu-se imposições e pressões a cerca dos serviços prestados pelo SUS e pela própria PNM e suas responsabilidades quanto à regulamentação de insumos e equipamentos sanitários. Segundo o Ministério da Saúde (2002), para que se atinjam os objetivos traçados na lei:

faz-se necessário promover a descentralização da sua gestão, o desenvolvimento de atividades para assegurar o uso racional dos medicamentos e ações que otimizem e tornem eficaz o sistema de distribuição no setor público e iniciativas que possibilitem a redução nos preços dos produtos (p. 12).

Para implementar a ação destes institutos, foi criado em 2004 o PNAF (Política Nacional de Assistência Farmacêutica) através da Resolução nº 338 do CNS (Conselho Nacional de Saúde). Segundo a PNAF, a Assistência Farmacêutica do SUS é uma política norteadora que pode formular políticas setoriais, estabelecendo diretrizes para não só manter como aperfeiçoar os serviços prestados no campo de Assistência Farmacêutica na rede pública de saúde, qualificando recursos humanos e descentralizando ações (BRASIL, 2011, p. 14).

Uma prática retrógrada no que tange a Assistência Farmacêutica do SUS trata-se do uso irracional e desnecessário de medicamentos além da automedicação, que causam o aumento da demanda das drogas. Por isso, faz-se necessário a promoção do uso racional, a reorientação de práticas e um processo educativo que participe não só o paciente, mas os próprios profissionais da área da saúde pública. A produção e a venda de medicamentos devem estar orientadas pelas leis e regulamentos direcionados à eficácia, segurança e qualidade dos medicamentos, além de estabelecer conformidade com os custos e até mesmo dos subsídios institucionais, tais quais reembolsos especiais e planos de saúde. (BRASIL, 2001, p.11)

Paralelamente a esta prática e em conseqüência desta, se tem um dos pontos categóricos a serem trabalhados pelo SUS que é o acesso a estes medicamentos. Garantir este acesso é a diretriz da PNAM e PNAF, pois estas drogas figuram como a intervenção terapêutica mais utilizada na resolução das ações de saúde. Muitos foram os avanços, mas ainda se faz necessário aperfeiçoar o acesso aos medicamentos em Componentes Básicos e Estratégicos, o acesso ao tratamento de doenças estabelecidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, disponibilizados no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (BRASIL, 2011, p.15).

No que tange as ações judiciais que tratam do fornecimento de medicamentos, comumente se tem um choque dos princípios do SUS da universalidade e da equidade. Assim, como afirma Oswaldo Tanaka (2008) “ao prover medicamentos não padronizados e mais caros, sem evidências que os efeitos na doença sejam melhores, estaremos destinando mais recursos per capita a poucos em detrimento de garantir para a maioria os medicamentos essenciais para controle das doenças mais freqüentes”. Um sistema que fora criado para atender igualitariamente todos os cidadãos fica comprometido dessa maneira. Para Tanaka, cabe analisar o próprio usuário do sistema “o quanto um medicamento, apesar de estar disponível em um mercado, mas ainda sem validação do SUS, deva ser dispensado para um cidadão, por ordem judicial, em contraposição aos medicamentos padronizados e incorporados ao protocolo validado pelo SUS”.

Em observação ao panorama do Sistema Único de Saúde em relação à Assistência Farmacêutica constata-se que os mais significativos desafios são propostos aos gestores do sistema, para que se atinja o objetivo do cuidado efetivo da saúde das pessoas bem como a adequada utilização, sobretudo quanto aos custos e a disponibilidade de recursos. Não só o acesso, mas a educação social em relação a Assistência Farmacêutica devida é uma responsabilidade a ser alcançada por gestores, órgãos de vigilância e controle, profissionais da área da saúde e a própria população.

**2 A RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DO DIREITO À SAÙDE**

No que diz respeito à intervenção do Poder Judiciário no âmbito da saúde, lúcido e adequado é o entendimento de Luis Roberto Barroso (2007, p. 21). Segundo o mesmo, na hipótese em que não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, o Judiciário deve agir. Caso haja lei e atos administrativos, porém não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir.

No entanto, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo aplicados, uma eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. Cumpre destacar que tal intervenção do Poder Judiciário não está imune a objeções, existindo críticas consistentes no que diz respeito a essa matéria. Portanto, faz-se mister tecer alguns comentários acerca das críticas a essa intervenção do Judiciário (BARROSO, 2007, p.21).

A crítica que possui mais freqüência é a financeira, conhecida pelo nome de “reserva do possível”. Luis Roberto Barroso alude (2007, p 24.) que investir em determinado setor implica em deixar de investi-los em outros, uma vez que os recursos públicos são escassos para atender todas as demandas da sociedade. De acordo com Fernanda Oliveira de Souza (2010, p. 29):

Para a aplicação dessa teoria, quando houver demanda judicial, deve ser considerado aquilo que é desejável, dentro do possível economicamente. Importante salientar que se o Poder Pública invocar a Teoria da Reserva do Possível a fim de não cumprir com sua obrigação constitucional, cabe a ele o ônus de provar que não há recursos, para só então poder o judiciário se manifestar, de acordo com a razoabilidade.

Outro ponto importante criticado reside no fato de que a objeção de decisões judiciais nessa matéria provoca a desorganização da Administração Pública. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso acrescenta (2007, p. 25):

Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável ais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Assim sendo, esse tema encontra divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, parecendo-nos mais adequado seguir o entendimento do ilustre Luis Roberto Barroso. O referido doutrinador estabelece alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no que concerne ao fornecimento de medicamentos.

O primeiro parâmetro diz respeito ao âmbito das ações individuais em que as pessoas necessitadas podem postular judicialmente os medicamentos constantes das listas formuladas pelos entes federativos, por meio de ações individuais. Nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo (União, Estado ou Município) que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado (BARROSO, 2007, p. 35).

Cumpre salientar que um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto é a presunção de que os Poderes Públicos realizaram uma avaliação apropriada das necessidades prioritárias dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados. Assim sendo, nada impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente (BARROSO, 2007, p. 30).

A possibilidade da alteração das listas de medicamentos formulada pelos entes federativos poderá ser objeto de discussão no âmbito das ações coletivas ou por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, conforme o segundo parâmetro. Nesse âmbito, pode-se discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas supracitadas e a validade de alocações orçamentárias (BARROSO, 2007, p. 31).

Luis Roberto Barroso (2007, p. 32) assevera que, no contexto do segundo parâmetro, é possível cogitar ainda outros parâmetros complementares capazes de orientar as decisões nessa matéria. No que tange a alteração das listas de medicamentos, cabe ao Judiciário: a) determinar a inclusão de medicamentos que tenham eficácia comprovada, excluindo-se, dessa forma, os experimentais e os alternativos; b) optar por substâncias disponíveis no Brasil, dando preferência aqueles conveniados ao SUS; c) optar pelo medicamento genérico que tenha menor custo; d) considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

No entanto, Luis Roberto Barroso alude que (2007, p. 35) “tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo”.

Por fim, o terceiro parâmetro diz respeito à legitimidade passiva. Esse parâmetro expressa que o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido. Conforme Luis Roberto Barroso (2007, p. 34):

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.

**3 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA EFETIVAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Faz-se necessário, primeiramente, relembrar que o Poder Judiciário tem sim competência para decidir sobre a matéria da entrega de medicamentos pelo Poder Público diante de sua omissão na garantia do direito fundamental à saúde, vez que “se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica (...), a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei”, devendo este último basear-se também em uma norma jurídica específica a qual estabelece as maneiras e condições para a efetivação do direito em questão (BARROSO, 2007, p. 21). Dessa forma, pode-se concluir que como o direito à saúde está devidamente positivado tanto na Constituição Federal como em leis infraconstitucionais específicas (Lei do SUS), será possível demandar através da via judicial à materialização do direito elencado nas normas jurídicas (SOUZA, 2010, p. 8).

Para a garantia do direito à saúde, mais especificamente à assistência farmacêutica, o cidadão ou até uma determinada coletividade poderão defender seus direitos por meio de instrumentos processuais existente em nosso ordenamento jurídico, “já que são válidas todas as garantias individuais na busca da efetivação do direito à saúde, mediante a oposição de um vínculo obrigacional entre o cidadão-credor e o Estado-devedor” (BRANDÃO, 2006, p. 76). Entre os instrumentos processuais estabelecidos pelo ordenamento jurídico, iremos nos ater ao Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública, respectivamente, dispostos no art. 5º, inc. LXIX e LXX, CF e na Lei n. 7.347/85, tais instrumentos são denominados de *remédios constitucionais* os quais correspondem a “instrumentos de que se podem valer os particulares para terem materializados os seus direitos. (...) meios aptos a provocar a intervenção das autoridades competentes, visando à correção de ilegalidade e abuso de poder quando detrimentosos os direitos e interesses individuais” (SOUZA, 2010, p. 13).

Em qualquer dos meios processuais, Ação Civil Pública ou Mandado de Segurança, que forem utilizados a fim de conseguirem o fornecimento de medicamentos, neles poderão ser solicitados as tutelas de urgência, por exemplo, as liminares, cautelares e antecipações de tutela (BARIONE; GANDINI; SOUZA, 2008, p. 32), com o intuito de possuir uma sentença mais eficaz e satisfativa.

No entanto, nem todas as ações propostas com o desígnio de conseguir o fornecimento gratuito de medicamentos obtêm sucesso, sendo que tanto na doutrina como na jurisprudência, até mesmo dentro de um mesmo tribunal, há diferentes posições em relação a conceder ou não à assistência farmacêutica para aqueles que a demandam. Por esta razão, iremos apresentar jurisprudências, referentes ao Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública, e suas respectivas fundamentações.

O Mandado de Segurança é a ação processual constitucional a qual será impetrada para defender direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando for realizado por autoridade pública em ato de ilegalidade ou abuso de poder no exercício de suas atribuições (art. 5º, inc. LXIX, CF). No que diz respeito à capacidade de ser parte ativa do MS, esta verifica-se em todos aqueles que podem invocar as garantias do art. 5º da Constituição Federal. E a capacidade para ser pólo passivo pode ser preenchida pela administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e pela administração indireta não importando a sua categoria ou função que venha a exercer, conforme o art. 1º da Lei n. 12.016/2009 (DIDIER, 2011, p. 112-114).

É de suma importância designar o que seria direito líquido e certo, assim

direito líquido certo, segundo posicionamento já consolidado, é aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída. É, em síntese, a pré-constituição da prova dos fatos alçados à categoria de causa de pedir do *writ*, independentemente de sua complexidade fática ou jurídica, que permite a utilização da ação mandamental (DIDIER, 2011, p. 121).

Ou seja, não é o direito que precisa ser líquido e certo, pois já o é, mas sim os fatos alegados que precisam sê-lo. Dessa forma, os requisitos imprescindíveis para a impetração do Mando de Segurança e a sua eventual efetivação são: a designação do órgão ou pessoa infratora do direito, o fumus bonis iuris, a periculum in mora e a prova do direito líquido e certo (SANTOS, 2011).

Com isso, seguiremos para a análise das jurisprudências. O primeiro Mandado de Segurança a ser verificado não teve o pedido de fornecimento de medicamento deferido,

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDANDO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E CONSEQUENTEMENTE DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL (RMS 28.962/MG, Rel Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009).

Nesta decisão o impetrante demandava a substituição de um medicamento por outro, vez que o medicamento exigido possuía melhor efeito, entretanto tal pedido não foi acatada pelos tribunais, pois a prova inequívoca que fundamenta a concessão do Mandado de Segurança não estava presente nos autos, ou seja, para considerar se um medicamento surtirá mais efeito do que outro na cura de determinada doença é um processo bastante complexo, o que acarreta em uma dilatação probatória a qual não é admitida no instrumento processual em exame. Também argumentam que o art. 6º da CF deve ser analisado conjuntamente com o princípio da Reserva do Possível, o qual consiste no orçamento mínimo do Estado a fim de realizar políticas públicas, haja vista que não pode favorecer um em detrimento de muitos outros, necessitando o Estado realizar sempre decisões difíceis no que diz respeito a esse tema (BARROSO, 2007, p. 24).

A decisão a ser examinada adiante obteve o seu pedido de fornecimento de medicamento deferido cuja ementa relata:

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PACIENTE PORTADORA DE CÂNCER DE MAMA. DIREITO À VIDA E SAÚDE GARANTIDOS CONSTITUCIONALMENTE. DOCUMENTAÇÃO APTA A COMPROVAR A NECESSIDADE DO FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO. MEDIDA LIMINAR CONFIRMADA - SEGURANÇA CONCEDIDA (TJPR, MS n. 760797-0, 4º Câm. Civ., Rel. Juiza SANDRA BAUERMANN, ac. 31-05-2011).

Tal decisão se fundamenta, primeiramente, em afirmar que o direito líquido e certo realmente foi verificado, pois a obtenção do medicamento corresponde na manutenção da saúde, direito constitucionalmente estabelecido e dever do Estado em concretizá-lo, sendo que o empecilho a este dever pela Administração Pública por qualquer motivo entra em conflito com os princípios do direito fundamental, os quais devem ter plena eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, pois como tido pela relatora da referida jurisprudência Sandra Bauermann,

a existência de procedimentos e políticas de saúde do Ministério da Saúde não deve preponderar frente ao direito à saúde e à vida, pois as normas infraconstitucionais, inclusive oriundas do Poder Executivo, não podem se sobrepor às garantias constitucionais, dentre os quais do direito à saúde e à vida digna (TJPR, MS n. 760797-0, 4º Câm. Civ., Rel. Juíza SANDRA BAUERMANN, ac. 31-05-2011, p. 5-6).

A Lei n. 7.347/85 disciplina a Ação Civil Pública, estabelecendo no seu art. 5º quem terá legitimidade para propor a referida ação, os quais são: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e as associações, esta última devendo observar os pressupostos de constituição de pelo menos 1 (um) ano e a pertinência temática. Tal instrumento processual designa-se a proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos e

quando manejada com observância da proporcionalidade, preservando o equilíbrio entre as regras e princípios que informam nosso ordenamento, a ação civil pública afigura-se como eficiente mecanismo de combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas, beneficiando segmentos sociais hipossuficientes e estimulando a atuação social (BARIONE; GANDINI; SOUZA, 2008, p. 28).

Dessa forma, é de suma importância examinar uma jurisprudência referente à Ação Civil Pública diante da concessão de medicamentos. A decisão a seguir relata acerca de uma Apelação feita pela Prefeitura de Ribeirão Preto, pois a mesma foi sentenciada a fornecer medicamentos, e teve o seu pedido indeferido. Entretanto, não analisaremos duas jurisprudências como realizado com o Mandado de Segurança, mas determinaremos os argumentos contras e favoráveis para a concessão do medicamento.

Ação Civil Pública - Fornecimento de medicamentos - Portadora de Doença Arterial Obstrutiva Periférica - Presente a necessidade de se proteger o bem maior que é a vida, correta a decisão de mandar fornecer os medicamentos. Preliminares rejeitadas. Recursos improvidos (TJSP, Ap. n. 0503191-50. 2010. 8. 26. 0000, 2º Câm. de Direito Público, Rel. LINEU PEINADO).

Os argumentos contra a entrega do medicamento se baseiam no Princípio da Separação dos Poderes, haja vista que o Judiciário estaria interferindo nas competências que foram estabelecidas constitucionais e as quais não lhe dizem respeito, infringindo assim a harmonia e independência dos poderes. De igual modo, fundamentam que a disponibilização do medicamento acarretaria em uma quebra do já mencionado Princípio da Reserva do Possível, e ainda aduz que o autor da ação quando demanda o medicamento de alto custo está se colocando em uma posição privilegiada em relação aos demais cidadãos, vez que a concessão do remédio ao autor retiraria dinheiro do orçamento que deveria ser para políticas públicas referente à saúde para toda a sociedade.

Por outro lado, os argumentos favoráveis se fundamentam em afirmar que não há quebra do Princípio da Separação dos Poderes, visto que fazer cumprir a lei é de competência do Judiciário, assim não há o que se falar em desarmonia do dito princípio. Também alegam que o direito à saúde corresponde a um direito fundamenta, sendo dever do Estado garanti-lo na sua total integralidade como dispõe a Constituição Federal e legislações infraconstitucionais específicas, pois “nenhuma vida vale mais do que um orçamento, público ou privado” (TJSP, Ap. n. 0503191-50. 2010. 8. 26. 0000, 2º Câm. de Direito Público, Rel. LINEU PEINADO, p. 5).

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A doutrina é contundente ao confirmar o Dever-poder do Poder Judiciário de assegurar o direito fundamental à saúde, inclusive com respaldo nos princípios constitucionais e nos objetivos elencados na Carta Maior, o que torna legítima tal intervenção. Não é escusa, portanto, a esfera de responsabilidade dos demais poderes, como firmado pelo STJ (2009): “Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”.

Ao apresentarmos o embate entre mínimo existencial (concessão de medicamentos para tratamento) e reserva do possível, confirmamos que esta não pode se opor à efetivação daquele, no que tange especialmente a efetivação de direitos fundamentais. Afirmamos sem risco de incorrer em erro que não é cabível a discricionariedade na implementação de tais direitos. Estritamente ligado à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde não pode estar restrito à mera escassez de orçamentos financeiros em função de alocar estes a outros fins que não os devidos.

No mais, cada caso deve ser analisado pela sua concretude, já que é irrealizável conceber o fornecimento de tratamentos, sobretudo os mais dispendiosos a todos os cidadãos brasileiros que demandem por estes. O que deve ser feito na impossibilidade de tal conduta é a análise administrativa dos fatos. Neste diapasão, Salazar e Grou *apud* Flávio José dos Santos (2011) afirmam:

Não se trata de dar ao indivíduo um cheque em branco que, desprezando as escolhas administrativas, lhe permite ter acesso a todo e qualquer tratamento e/ou medicamento, em detrimento do planejamento e organização inicialmente estabelecidos. Extrapolar os itens eleitos pelo administrador para compor a assistência à saúde, somente deverá ser permitido diante das peculariedades do caso concreto a exigir determinada prestação fora das anteriormente selecionadas.

Defendemos, sobretudo, a ideia de que nem a judicialização excessiva, nem a falta de efetividade da atuação judicial são as raízes do problema da observância do direito fundamental à saúde. O chamado fenômeno da judicialização da saúde tem se caracterizado pelos constantes abusos executados, práticas as quais chamam atenção para que sejam combatidas de maneira severa e instantânea a custa de comprometer o deficitário orçamento federal destinado à saúde. Esta renda deve estar sim direcionada a efetivar as normas constitucionais da saúde, uma vez que é pilar do mais importante direito tutelado que é a vida. Contudo, a questão orçamentária não é legítima para o Poder Judiciário e nem deve o ser quando se colide o princípio da reserva do possível com direitos invioláveis tais quais o direito à vida, o direito social de integralidade do acesso à saúde e o direito à dignidade da pessoa humana. O trabalho do Poder Público deve ser realizado conjunturalmente, englobando todas as esferas gestoras das políticas de saúde, promovendo possibilidades eficazes ao acesso de medicamentos e a uma educação sanitária, além de firmar uma assistência hospitalar de qualidade.

**REFERÊNCIAS**

BARIONE, Samantha Ferreira; GANDIN, João Agnaldo Donizeti; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde**: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16694/Judicializa%c3%a7%c3%a3o\_Direito\_Sa%c3%bade.pdf?sequence=3> > Acesso em: 10 out. 2011..

BRANDÃO, Carlos Gomes. **Processo e tutela específica do direito à saúde**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9700/Processo\_e\_tutela\_espec%c3%adfica\_do\_direito\_%c3%a0\_sa%c3%bade.pdf?sequence=1 >>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A Assistência Farmacêutica no SUS. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2011.

\_\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política Nacional de Medicamentos, de 1998. 6ª Reimpressão. 40p. Il - (Série C. Projetos, Programas e Relatórios, n. 25). Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BARATA, Rita Barradas; CHIEFFI, Anna Luiza. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade**. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v25n8/20.pdf >>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

BARROSO, Luis 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.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>>. Acesso em: 17 out. 2011.

DIDIER JR, Fredie org. **Ações constitucionais**. 5 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SANTOS, Flávio José dos. **A atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde e a Reserva do Possível**: colisão com direitos. Disponível em: <<<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5522>>>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

SOUZA, Fernanda Oliveira**. A intervenção judicial na garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos**. Disponível em: <<[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\_1/fernanda\_souza.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf%20) >>. Acesso em: 17 out. 2010.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi. A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica. **Revista de**

**Direito Sanitário**. v.9 n.1 São Paulo mar./jun. 2008. Disponível em: <<<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792008000100012&script=sci_arttext>>>. Acesso em: 20 out. 2011.

1. Artigo desenvolvido para obtenção de nota relativa à disciplina de Processo de Conhecimento II ministrada pelo professor Hugo Passos. Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

   \* Graduando do 5° período do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)