



REFLEXÃO

**A efetivação do direito à saúde através da concessão de medicamentos pelo judiciário
O caso paradigmático do supremo tribunal federal e a realidade regional do estado do Piauí**

*The realization of the right to health through the provision of medicines by the judiciary
The paradigmatic case of the supreme federal court and regional reality of the state of Piauí
La realización del derecho a la salud a través de la provisión de medicamentos por parte de la judicatura
El caso paradigmático de la corte suprema federal y la realidad regional del estado de Piauí*

Roosevelt Furtado de Vasconcelos Filho¹ Washington Luís de Sousa Bonfim²

RESUMO

O presente trabalho analisa a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, especialmente, o acesso à medicamentos que não estão previstos nas listagens oficiais do Sistema Único de Saúde. Apresenta a distribuição de competências para assistência farmacêutica, realizada na legislação brasileira. Identifica os argumentos principais das teorias que abordam a questão da efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, bem como os que a analisam sob o aspecto econômico, apresentando os obstáculos à consecução da política de saúde. Utilizou-se uma abordagem qualitativa, com estudo de processos em tramitação no Judiciário brasileiro, especialmente, no Supremo Tribunal Federal e na Justiça Federal, seção Judiciária do Estado do Piauí. Conclui-se que o direito à saúde, porque não dizer os direitos sociais, perpassa por uma nova era. O cidadão possui um canal direto para tutelar seus interesses concretizando sua cidadania, o Poder Judiciário. **Descritores:** Saúde. Medicamentos. Poder judiciário. Direitos.

ABSTRACT

This paper analyzes the judiciary role on implementing health rights, especially, the access to medicines that are not inclusive on the Unified Health System official listings. It presents the competencies for pharmaceutical care distribution held in Brazilian legislation. The paper aims to identify the main theories arguments that address the issue of ensuring the health rights by the judiciary, as well as, those who analyze it from an economic perspective, presenting the financial limits of the public budget as obstacles to ensure the health rights. The researcher used a qualitative approach, with case studies pending in the Brazilian Judiciary, through Supreme Court and Federal Court, section of Piauí state. The research concludes that the right to health, why not tell the social rights pass through a new era. The citizen has a direct channel to protect its interests by implementing their citizenship, the judicial branch. **Descriptors:** Health. Drugs. Judiciary. Rights.

RESUMEN

Este artículo examina el papel del poder judicial en la realización del derecho a la salud, especialmente el acceso a los medicamentos no prescritos en los listados oficiales del Sistema Único de Salud. Presenta la distribución de competencias para la atención farmacéutica, realizado por la legislación brasileña. Identifica los principales argumentos de las teorías que abordan la cuestión de garantizar el derecho a la salud por el poder judicial, así como los que analizan desde el aspecto económico, la presentación de los obstáculos para el logro de la política sanitaria. Se utilizó un enfoque cualitativo para estudiar los procesos pendientes en los tribunales brasileños, especialmente el Tribunal Supremo y el Tribunal Federal, Sección Judicial del Estado de Piauí. Llegamos a la conclusión de que el derecho a la salud, ¿por qué no dice lo social, penetra en una nueva era. El ciudadano tiene un canal directo para proteger sus intereses garantizando sus ciudadanos y el poder judicial. **Descriptor:** Salud. Drogas. Poder Judicial. Derechos.

1 Advogado. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Piauí. Docente do Centro Universitário - UNINOVAFAPI. Especialista em Direito Constitucional, pela Universidade Federal do Piauí. 2 Doutor em Ciência Política (Ciência Política e Sociologia) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Professor Adjunto da Fundação Universidade Federal do Piauí - FUFPI e Secretário da Secretaria Municipal de Educação de Teresina/PI.

INTRODUÇÃO

A saúde ocupa a condição de direito e dever fundamental positivado na Constituição Federal de 1988, de tal sorte que se caracteriza como direito (e dever) humano fundamental da pessoa humana na ordem jurídica brasileira, já que desta premissa resultam importantes conseqüências no que diz respeito com a eficácia e efetividade desse direito.

A política de saúde, então, abrange o desenho institucional, as diretrizes constitucionais e a sua efetivação no cotidiano das pessoas. O recorte feito neste trabalho, a política de medicamentos, perpassa por várias instituições, teorias, traduzindo a complexidade já reconhecida.

Objetiva-se identificar os argumentos principais das teorias que abordam a questão da efetivação dos direitos humanos pelo Poder Judiciário, em especial o da saúde (que inclui a assistência farmacêutica), bem como os que analisam sob o aspecto econômico, apresentando os obstáculos à consecução da política de saúde, como os limites financeiros do orçamento público.

Para confirmar ou não as teorias, utilizou-se uma abordagem qualitativa, objetivando construir um pensamento por intermédio da interpretação dos dados pesquisados, à luz de bibliografia selecionada que enfocou algumas categorias presentes neste trabalho, tais como: direitos humanos fundamentais (cuja afirmação e reconhecimento resultam de um processo de conquistas históricas), efetivação de direitos pelo Judiciário (especialmente, prestações materiais positivas), bem como os limites (recursos financeiros) e conseqüências dessa efetivação (ampliação de desigualdades), através de demandas individuais.

Para tanto, foi realizado levantamento documental, especificamente, através da análise de processos em tramitação no Judiciário brasileiro. Foram escolhidos casos paradigmáticos. O mais importante (o processo STA 175), dentre processos decididos no órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF), com a utilização de audiência pública, que enfrenta todas as teorias e hipóteses do presente trabalho e que vai servir como um precedente valioso no julgamento de todos os processos sobre o mesmo tema em âmbito nacional.

No âmbito da Justiça Federal, seção judiciária do Piauí (escolhida por ser competente para apreciar os processos em face da União Federal, co-responsável pela assistência farmacêutica do SUS, e porque explicita o que acontece na realidade capilar do Judiciário local), através de pesquisa documental, constatou-se, no período de 2007 a julho de 2010, um total de 160 (cento e sessenta) processos com demanda por prestações de serviço de saúde tendo como um dos réus (além de, pelo menos, um dos seguintes entes federativos: União, Estado do Piauí, Município de Teresina) o Hospital São Marcos, em razão de ser o Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON) da Região. O filtro utilizado na pesquisa foi escolher o Hospital São Marcos, o mais estruturado do Estado do Piauí para realizar procedimentos de alta resolutividade, especialmente em oncologia, com os tratamentos mais dispendiosos, principalmente, através de medicamentos quimioterápicos, o que revela uma noção clara de como ocorre a judicialização da saúde, com demandas por cirurgias, internações, tratamentos diversos, repercutindo, ainda, na política de assistência farmacêutica.

Enfim, objetiva-se que o presente trabalho possa contribuir para uma ampliação do debate e para uma reflexão construtiva referente à

concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário (Estado), atuando efetivamente na vida de muitos brasileiros dependentes de prestações materiais na área da saúde, especialmente, no que pertine ao fornecimento de medicamentos, tanto em uma perspectiva mais abrangente (nacional), quanto verificando a realidade regional (no Estado do Piauí, onde a pesquisa fora realizada).

DESENVOLVIMENTO

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE DEFESA E COMO DIREITO PRESTACIONAL. O MÍNIMO EXISTENCIAL.

Distinguem-se, etimologicamente, os direitos humanos dos direitos fundamentais, onde aqueles se referem a um conjunto de direitos declarados e assegurados no plano internacional, principalmente em tratados e convenções internacionais; e estes, são os definidos e positivados no âmbito interno da cada país, nas leis principais como as constituições. Agora, possuem uma idéia comum, são direitos nucleares do indivíduo, da coletividade. São direitos fundamentais porque sem eles os seres humanos não vivem ou se vivem, não vivem com dignidade. São essenciais à vida humana digna, por isso devem ser concretizados. Bobbio (2004, p.52) acreditava serem os direitos fundamentais oriundos de uma evolução histórica, uma vez que não nascem de uma única vez.

Para servir de referencial do trabalho, adota-se a classificação de Bobbio (2004), que considera direitos fundamentais da primeira dimensão os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e

R. Interd. v.6, n.2, p.84-95, abr.mai.jun. 2013

políticos. Estes direitos têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico.

Os direitos da segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Já os direitos da terceira dimensão tendem a cristalizar-se enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado.

A Constituição brasileira vigente consagrou, expressamente, a saúde como direito fundamental da pessoa humana, contemplado na Constituição. São denominados direitos sociais juntamente com educação, saúde, assistência social, previdência social, enfim, todos os direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de recursos materiais e humanos, para que se começasse a questionar até mesmo a própria condição de direitos fundamentais destas posições jurídicas.

De acordo com o art.196, da Constituição, 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”.

Sarlet (2001) entende que o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular (como o direito a

não ser submetido a tratamento não consentido e a não participar de exames clínicos não acordados). Por outro lado, impõe ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

O Poder Público, independentemente da esfera institucional (federativa) de sua atuação, deve enfrentar o problema da saúde da população, sob pena de praticar conduta omissiva inadmissível. Não se pode admitir que as normas referentes à saúde sejam tão somente consideradas programáticas, idealistas, muito pelo contrário, são preceitos de observância cogente, especialmente no que se refere a um tratamento isonômico básico para todos os cidadãos.

Dessa forma, sendo o direito à saúde também um direito a prestações, ao qual deve ser outorgada a máxima eficácia e efetividade, há a obrigação estatal de disponibilizar vagas e leitos nos hospitais, bem como fornecer, gratuitamente, medicamentos especiais a pessoas sem condições financeiras para a aquisição e que deles necessitam para o tratamento de suas moléstias.

Na ausência dessas prestações, cabe ao titular do direito pleiteá-lo junto ao Poder Público. Inclusive, o Poder Judiciário pode ser acionado, através de uma demanda individual ou por uma ação civil pública intentada pelo Ministério Público ou Defensoria Pública. Mesmo que haja impossibilidade de atender à demanda individual, restaria o reconhecimento da omissão estatal e a possibilidade de uma indenização para a família.

Fala-se em “mínimo existencial” para definir o núcleo de direitos essenciais, inalienáveis, à existência da pessoa humana. Não é valor como a liberdade, nem princípio, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

É importante anotar a classificação realizada por Amaral (2010, p.35):

Há, como já dito, três grandes correntes: a dos que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a *reserva do possível*, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

O mínimo existencial corresponde a uma das projeções do direito à vida, juntamente, com o direito à dignidade, à integridade e à intimidade. São prestações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerando-se não apenas a dimensão física (a sobrevivência e manutenção do corpo), mas também a espiritual e a intelectual. O acesso a tratamentos de saúde é prerrogativa inerente à dignidade humana, razão pela qual o Poder Público deve prover os meios necessários que garantam medicamentos a quem necessitar.

A inobservância dos direitos compreendidos nesse mínimo viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 estabelece um limite de dignidade do qual ninguém deve temer ficar aquém, o que gera ao indivíduo a garantia de um padrão mínimo de atendimento das necessidades pessoais.

O fundamento da proteção do mínimo existencial está ancorado na ética e se fundamenta na liberdade, na igualdade e na dignidade da pessoa humana. Representa um conjunto imprescindível de condições iniciais para

o exercício da liberdade. Abrange qualquer direito (à saúde, à alimentação, etc.) considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial (TORRES, 2009, p.13).

Apesar de o direito à saúde estar sujeito a limitações materiais, discute-se a hipótese de algumas obrigações decorrentes do direito à saúde não estarem sujeitas a restrições orçamentárias, como a obrigação de fornecer medicamentos básicos, à sobrevivência humana, aos que comprovarem insuficiência de renda, evitando a discriminação de fato ou a discriminação perante a lei. Para que este objetivo se concretize, a política de medicamentos deve garantir o acesso a esses medicamentos em todo o território nacional, incluindo locais de difícil acesso, bem como por indivíduos e grupos em situações de vulnerabilidade, incluindo mulheres, minorias étnicas, populações indígenas, pessoas de baixa renda, idosos, pessoas com deficiência, detentos e outros.

Torres (2009) reconhece que, na omissão legislativa e administrativa, o Judiciário passou a assegurar o direito a remédios, o que constitui grande avanço na defesa do mínimo existencial. Ocorre que os tribunais não restringiram o direito aos pobres e aos miseráveis. As classes média e alta também conseguiram acesso a medicamentos caros e importados.

LIMITES À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. A RESERVA DO POSSÍVEL E AS ESCOLHAS TRÁGICAS.

Barroso (2009) aponta críticas ao ativismo judicial na efetivação de direitos sociais, como na concessão de medicamentos, em síntese: a) a circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática (classificação de José Afonso da Silva, em seu livro Aplicabilidade das normas constitucionais); b) o

R. Interd. v.6, n.2, p.84-95, abr.mai.jun. 2013

problema não é de mera interpretação de preceitos da Constituição, mas, antes, um problema de desenho institucional da política; c) a questão da legitimidade democrática, no sentido de que compete aos eleitos pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos; d) a mais freqüente, a financeira, formulada sob a denominação de “*reserva do possível*”.

A argumentação mais difundida parte do pressuposto de que os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outro. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais.

Torres (2009) explica que a expressão “reserva do possível” (*Vorberhalt des Möglichen*) foi gerada no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), no julgado que discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados.

Em verdade, os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro. Também os direitos individuais demandam gastos por parte do Poder Público. A diferença entre essas categorias de direitos, portanto, não é de natureza, mais de grau. Agora, diferentemente dos individuais, os direitos sociais dependem de prestações materiais positivas do Estado para sua implementação, enfrentando assim o problema da escassez dos recursos públicos, o que provoca uma relação entre a escassez relativa de recursos e as escolhas que deverão ser feitas. Isto porque decidir investir os recursos em determinadas áreas significa, no mais das vezes, deixar de atender outras necessidades.

Ressalte-se, por oportuno, que a competência reservada ao legislador para elaboração da lei orçamentária não é absoluta, estando sujeita a normas constitucionais e, em consequência, ao controle judicial. E que a reserva do possível (limite fático) não é aplicada ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária (limite jurídico), que pode ser verificada pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa (TORRES, 2009, p.106).

O conflito entre o argumento da “reserva do possível” e a garantia do mínimo existencial já aparece na jurisprudência e, de modo geral, tem-se resolvido em favor da prevalência deste último, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à proteção da vida e da saúde. Neste sentido, confira-se trecho da decisão paradigmática do Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, que enfrentou a reserva do possível considerando a impossibilidade de sua invocação quando ocasionar aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

A efetivação do direito à saúde...

Cumpra advertir, desse modo, que a ‘cláusula da reserva do possível’, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Enfim, pode-se afirmar que a argumentação principal contra a concessão de prestações materiais, como medicamentos, é a escassez de recursos. No Brasil, o direito à saúde ultrapassa o delicado problema da falta de remédios, incluindo a deficiência de leitos nos hospitais, órgãos para transplantes, agentes qualificados, tornando o problema da efetivação do direito à saúde, ainda, mais complexo.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO JUDICIÁRIO

O caso paradigmático do Supremo Tribunal Federal

A formulação de políticas públicas aperfeiçoou-se, mas não consegue atender as demandas sociais. A necessidade de resposta para o cidadão, especialmente, na prestação de serviços públicos, exige uma nova formação do Estado. E o Judiciário está assumindo um papel inédito na história do Estado brasileiro, possibilitando este *feedback* aos cidadãos.

Admite-se que a existência dos limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais. Entretanto, sustenta-se o entendimento de que, diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente da própria vida,

Vasconcelos Filho, R.F; Bonfim, W.L.S.

A efetivação do direito à saúde...

integridade física e dignidade da pessoa humana, há de se reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo.

Sarlet (1998) revela que a Constituição:

veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes, mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.

Em decisão publicada em 30 de abril de 2010, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, lavrou acórdão confirmando decisão emanada pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, relator do Processo da STA 175, que decidiu ação sobre fornecimento de remédios, com base em informações coletadas na audiência pública sobre saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal (STF). Esta é a primeira vez que o Supremo utiliza subsídios da audiência para fixar orientações sobre a questão. A ementa do acórdão da STA 175 sintetiza os pontos principais da demanda:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

No caso paradigmático dos autos do processo da STA 175 (STF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, Distrito Federal, publicado no Diário de Justiça de 30/04/2010), de acordo com o pedido inicial do processo STA 175, os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevivência e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C. A família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês.

A decisão do processo determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat) em favor da Autora, até por não haver constatado grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas. Também reafirmou a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

Além disso, o STF determinou que não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

Assim, a decisão (acórdão), por unanimidade no Supremo Tribunal Federal, do Processo da STA 175 considerou o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, como direito fundamental que deve ser assegurado, especialmente, quando houver omissão governamental na realização e na execução da política pública, bem como na gestão e recursos, sabidamente escassos.

A realidade regional do Estado do Piauí: estudo de caso em tramitação na Justiça Federal do Estado do Piauí.

Em pesquisa documental realizada no âmbito da Justiça Federal, seção judiciária do Piauí, constatou-se, no período de 2007 a julho de 2010, um total de 160 (cento e sessenta) processos com demanda por prestações de serviço de saúde, incluindo 70 (setenta) com pedidos específicos por medicamentos, tendo como um dos réus (além de, pelo menos, um dos seguintes entes federativos: União, Estado do Piauí, Município de Teresina) o Hospital São Marcos, este último em razão de ser o Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON) da Região.

O filtro utilizado na pesquisa foi escolher o Hospital São Marcos, o mais estruturado do Estado do Piauí para realizar procedimentos de alta resolutividade, especialmente em oncologia, com os tratamentos mais dispendiosos, principalmente, através de medicamentos quimioterápicos, o que revela uma noção clara de como ocorre a judicialização da saúde, com demandas por cirurgias, internações, tratamentos diversos, repercutindo, ainda, na política de assistência farmacêutica.

Verificou-se que as demandas por medicamentos possuíam os mesmos fundamentos já analisados no caso paradigmático do Supremo Tribunal Federal (o processo STA 175, em tramitação no STF). Dos 160 processos, cento e vinte e um foram ajuizados contra os três entes federativos (União, Estado do Piauí, Município de Teresina) e mais o hospital São Marcos. Nos demais, percebe-se o ingresso contra, pelo menos, um dos três entes federativos, bem como registra-se a presença do Estado do Maranhão como réu em alguns processos.

Para demonstrar toda complexidade da discussão desenvolvida, analisa-se o Processo Nº 6223-17.2009.4.01.4000, da 5ª Vara da seção judiciária da Justiça Federal do Piauí, escolhido por possibilitar a verificação de todas as teorias e

circunstâncias abordadas neste trabalho, bem como por retratar da realidade local.

A Autora, portadora de neoplasia (câncer) de mama direita (CID 10: C 50.3) estágio IIIA, conforme relatório médico acostado ao processo, necessita do uso do medicamento HERCEPTIN 440MG por um ano, 1º dose de 552 MG e dose subsequente de 414 mg a cada vinte e um dias, com imunohistoquímica revelando receptor estrogênio focalmente positivo, receptor progesterona negativo e HER 2 NEU positivo score 3+.

Contudo, a medicação vindicada (HERCEPTIN) possui valor unitário de R\$ 8.553,78 (oito mil e quinhentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos). Considerando que foram prescritas um total de 13 (treze) aplicações por ano, somam-se R\$ 110.939,14 (cento e dez mil reais, novecentos e trinta e nove reais e quatorze centavos), um valor alto e impossível de ser arcado pela autora, posto possuir recursos financeiros insuficientes, de acordo com a exposição feita na petição inicial.

Por outro lado, o sobredito medicamento não consta na tabela do sistema único de saúde (SUS) para o tratamento do câncer de mama, não sendo, portanto, fornecido de forma gratuita pelos entes estatais, nem pelo Hospital São Marcos. Assim, a autora recorreu ao Poder Judiciário a fim de que obrigue os demandados (União federal, Estado do Piauí, Município de Teresina, Hospital São Marcos) a fornecerem o mencionado medicamento, considerado necessário e vital para a saúde da demandante.

A competência para o processamento e julgamento do processo referente a assistência farmacêutica é da Justiça Federal, pela participação da União federal no pólo passivo da relação processual.

Passa-se a verificar, a partir deste momento, os argumentos de defesa da União, do

Estado do Piauí, do Município de Teresina e do Hospital São Marcos.

Em sua defesa, a União federal alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da ação. Aduz que é o Hospital São Marcos (considerado um Centro de Alta Complexidade em Oncologia - CACON) quem possui a atribuição de realizar o tratamento oncológico de qualquer pessoa no Estado do Piauí.

No mérito, e seguindo a linha argumentativa preliminar, a União aborda que o art.7º, da lei nº 8.080/90, determina que todos os medicamentos para tratamento de câncer fossem fornecidos pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACON. Tais centros podem pertencer à rede pública ou ser de caráter privado conveniado ao SUS, cadastrados e habilitados no sistema de acordo com critérios de capacidade técnica, devendo prestar atendimento completo aos pacientes neoplásicos.

Outra linha argumentativa da União aborda a idéia da reserva do possível, que procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas. Assim, há um limite de possibilidades materiais disponíveis não podendo o Judiciário determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde, sob pena de criar uma situação anti-isonômica.

Ademais, as escolhas feitas pelo administrador, quando se trata da área de saúde, são trágicas exatamente porque baseiam-se em restrições de ordem financeira. Diante dessa limitação, há a necessidade de estabelecer critérios de alocação de recursos, de distribuição destes para cada área específica, de critérios de inclusão e exclusão para realização de determinado tratamento ou concessão de medicamento.

Em sua defesa, o Estado do Piauí alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da ação, por entender que a responsabilidade pelo dispêndio correspondente à aquisição do medicamento vindicado, requerido pela parte demandante, é da União, como determina o Ministério da Saúde, pois é ela a única entidade da federação responsável pela execução e pelo financiamento das doenças de alta complexidade, pelo que deve ser excluído do pólo passivo da presente lide.

No mérito, o Estado afirma que não é obrigado a fornecer medicamento estranho à listagem do Ministério da Saúde. Uma vez fornecido medicamento caríssimo, não constante da lista de medicamentos excepcionais financiados pelo SUS, estaria caracterizado o dano irreversível ao erário e à população como um todo, diante da ausência de condições financeiras da autora para ressarcir os valores gastos.

Agora, a defesa principal revela-se na reserva do possível, argumentando-se que o direito à saúde, embora fundamental, não é absoluto, e para a sua efetivação deve ser conciliado com outros princípios e normas igualmente previstos na Carta Magna.

O Município de Teresina, também, alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da ação. Aduz que é a Fundação Municipal de Saúde, dotada de personalidade jurídica própria (é uma autarquia), quem possui competência pela execução das diretrizes da política de saúde.

No mérito, o Município de Teresina defende que os recursos públicos, especialmente os destinados ao serviço público de saúde, são limitados e devem fazer frente à necessidade coletiva, de modo que a particularização de política pública de atendimento de saúde pode tornar instável o equilíbrio financeiro-orçamentário. Tais recursos são previstos nas leis

orçamentárias, sendo vedado qualquer despesa que exceda os créditos orçamentários.

Como as defesas da União e do Estado do Piauí, aborda a reserva do possível, especialmente quando se trata de direito à saúde, direito prestacional que exige a disponibilidade de recursos financeiros por parte do Poder Público.

O quarto demandado é o Hospital São Marcos que, para não fugir às argumentações pretéritas, aduz ilegitimidade passiva para responder à lide, sob o argumento de que não há nenhuma obrigação advinda de lei para o fornecimento de medicamentos gratuitos, já que se trata de instituição privada, sem fins lucrativos, não mantida pelo Poder Público.

A defesa do Hospital São Marcos alega que responde a dezenas de processos similares e que, sendo obrigado a fornecer medicamentos de “alto custo”, não suportaria financeiramente tão pesado ônus, até porque a demanda é crescente, especialmente por pessoas economicamente hipossuficientes.

Assim, no Quadro abaixo pode-se sintetizar os argumentos das defesas dos quatro réus da seguinte maneira:

Quadro 1: Argumentos das defesas dos quatro réus

Requeridos	Defesa preliminar	Defesa de mérito
União Federal	- ilegitimidade passiva (aduz que a responsabilidade é do Hospital São Marcos).	- reserva do possível; - questiona a eficácia do medicamento.
Estado do Piauí	- ilegitimidade passiva (alega que a competência é da União Federal).	- não é obrigado a fornecer medicamento não constante das listagens oficiais; - reserva do possível; - violação da separação de poderes.
Município de Teresina	- ilegitimidade passiva (alega que a competência é da Fundação Municipal de Saúde).	- não é obrigado a fornecer medicamento não constante das listagens oficiais; - reserva do possível; - violação da separação de poderes.
Hospital São Marcos	- ilegitimidade passiva (não há nenhuma obrigação advinda de lei para o fornecimento de medicamentos gratuitos, já que se trata de instituição privada, sem fins lucrativos).	- não é obrigado a fornecer medicamento não constante das listagens oficiais; - valor do medicamento superior ao da tabela utilizada pelo SUS.

Fonte: Pesquisa Direta, 2012.

Na decisão do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, no Processo Nº 6223-17.2009.4.01.4000, realizado com base na razoabilidade do direito e no perigo da demora da demanda em juízo, foi deferido o pedido da demandante. A Juíza reconheceu a responsabilidade solidária dos três entes federativos (devendo figurar no pólo passivo da ação) e determinou o fornecimento do medicamento HERCEPTIN, conforme solicitado.

Houve reconhecimento de que o SUS possui mecanismos para fornecer ao paciente em tratamento de neoplasia de mama a medicação de que ele necessita, devendo no caso, tanto a União, o Estado do Piauí, o Município de Teresina/PI e a entidade privada credenciada, cada um dentro de suas esferas de atribuições, adotar as providências que lhe competem para que o medicamento chegue até ao paciente que dele necessita efetivamente.

Percebe-se que a decisão reconheceu a responsabilidade solidária dos entes federativos na concessão de medicamentos e que é possível a efetivação do direito à saúde através de uma demanda judicial que reconhece o direito subjetivo à prestação do direito de saúde. Portanto, tanto precedentes nacionais como locais apontam para uma consolidação do papel do Judiciário na efetivação de uma política pública básica, como é a da saúde.

CONCLUSÃO

O tratamento médico (que inclui a prevenção, o tratamento e o controle de enfermidades) depende do acesso a medicamentos. Este acesso constitui uma parte indispensável do direito de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde.

Inclusive, a utilização de demandas judiciais sobre o direito à saúde (especialmente,

para fornecimento de medicamentos) pode ser mitigada, com diminuição significativa, com conciliação prévia no plano administrativo, principalmente nos casos de direito reconhecido por políticas públicas existentes no SUS.

Os problemas da eficácia social do direito à saúde devem-se mais às questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas já existentes, do que à falta de legislação específica. Entretanto, é inaceitável acreditar que a efetividade dos direitos fundamentais esteja a cargo exclusivo da Administração Pública e do Legislativo, descomprometendo o Poder Judiciário.

Assim, os julgadores fundamentam a concessão, o acesso aos medicamentos, não previstos nestas normas, diretamente do mandamento contido no art.196 da Constituição Federal. Os juízes estão se baseando também na prescrição realizada por médico (credenciado pelo SUS), mas não prevista na política pública correspondente. As pessoas nem precisam recorrer, primeiro, ao SUS ou que obedeça aos protocolos administrativos de dispensação antes de ingressar no Judiciário.

Também fica evidenciada, na análise dos processos, que a intervenção judicial não importa em violação do princípio a separação dos poderes, além de ter sido reconhecida a responsabilidade solidária dos entes federativos na concretização dos direitos à saúde.

A limitação de recursos financeiros é uma realidade do Poder Público. Agora, a exceção da reserva do possível somente pode ser aceita se o direito/bem da vida negado não fizer parte do mínimo existencial, ou do piso mínimo vital, pois o Poder Público (num Estado Social e Democrático de Direito) não pode se escusar de fornecer o mínimo necessário para uma vida digna. A dignidade da pessoa humana não só é fundamento da nossa República, mas também é objetivo

fundamental; logo deve haver busca constante e incessante pela garantia do mínimo existencial a todos os que aqui, no Brasil, vivem.

A reserva do possível escusa o Estado de fornecer bens supérfluos, mas jamais o mínimo existencial, por exemplo, escusa de fornecer prótese ortopédica de última geração, mas não de fornecer prótese ortopédica de custo médio e boa qualidade.

Vale lembrar que quando o assunto é a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais (humanos), as melhores concepções já apontam no sentido de que sequer o interesse público pode ser alegação impeditiva de concessão. Ou seja, no embate interesse público versus direitos fundamentais prevalecem os direitos fundamentais.

O conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna (mínimo existencial) deve servir de metas prioritárias na elaboração orçamentária (reserva do possível). Assim, o estado propicia primeiramente o mínimo existencial para só depois discutir as outras receitas na proteção e promoção do núcleo axiológico da CF (dignidade da pessoa humana).

A partir de decisão apresentada do STF, constata-se que o direito à saúde, porque não dizer os direitos sociais, perpassa por uma nova era. O cidadão possui um canal direto para tutelar seus interesses concretizando sua cidadania, o Poder Judiciário.

Um bom exemplo, também, de efetivação do direito à saúde (ao mínimo existencial) acontece na Justiça Federal, seção judiciária do Estado do Piauí, onde pessoas carentes estão conseguindo, através da Defensoria Pública da União, a concessão de medicamentos fora da listagem oficial com base em informações técnicas conseguidas em hospital credenciado, Centro de Alta Complexidade em Oncologia (CACON).

REFERÊNCIA

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**.

Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **UNIJUS**. Uberaba, v. 15, n. 7, p. 13-38, nov. 2008.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF-MC Nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, Distrito Federal, publicado no Diário de Justiça de DJ 4.5. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA nº 175/CE. Tribunal Pleno**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Distrito Federal, publicado no Diário de Justiça de 30/04/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Seção judiciária da Justiça Federal do Piauí**. 5ª Vara. Processo nº 6223-17.2009.4.01.4000. Decisão publicada no Diário de Justiça de 30/07/2010.

SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, v. 12, n. 3, p. 91-107, dez. 2001.

TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Submissão: 17.12.2012

Aprovação: 19.02.2013