

ACESSO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: atuação e entendimento do judiciário

OLIVEIRA, Kaique Silva^a; JACOB, Juliana^b

^a Graduando em Direito – UNIFAGOC

^b Mestra em Ciências Jurídico-políticas, Advogada Cível e Professora Auxiliar – UNIFAGOC



048kaiquesilva@gmail.com
juliana.jacob@unifagoc.edu.br

RESUMO

Este artigo tem como objetivo discutir a disponibilidade de medicamentos de alto custo para compensar a carga sobre os cofres públicos ao vincular os altos custos a medicamentos e a instabilidade da oferta de serviços relacionados ao Sistema Único de Saúde – SUS no Brasil. Essa discussão é relevante e tem levado os Tribunais Superiores a decidirem, em repercussão geral, as diretrizes que o judiciário adotará sobre o tema. O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa jurisprudencial, doutrinária e legislativa, visando, como objetivo, o esclarecimento e a compreensão do processo de judicialização, seu procedimento e as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas, quanto ao dever do Estado na promoção e proteção do direito fundamental à saúde e quais são os critérios utilizados pelo Judiciário na determinação à Administração Pública para o fornecimento de medicamentos de alto custo disponibilizados ou não pelo SUS.

Palavras-chave: Responsabilidade Solidária. Remédios de Alto Custo. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

INTRODUÇÃO

Decorreram séculos para que os direitos à vida e à saúde fossem considerados universais. Foi na esteira da luta e da opressão que matou milhares de pessoas na Segunda Guerra Mundial que o debate se intensificou e as constituições de todo o mundo iniciaram o processo de reconhecimento desses direitos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

É nesse ponto que grande parte dos direitos garantidos não chega de fato a quem tanto precisa. No que diz respeito à saúde, essa garantia, como na Constituição de 1988, nem sempre é um privilégio vigente. É nessa área que se encontra o debate, tendo em vista que, por um lado, o Judiciário não pode julgar as causas que lhe são submetidas e, por outro, o poder público tende a se desequilibrar devido ao julgamento que é obrigado a cumprir.

O debate em questão ganhou destaque nos últimos anos, haja vista que o Estado, como instituição, encontra-se em crise financeira atualmente. Cidadãos privados de seus direitos básicos buscam soluções no judiciário, que tenta solucionar problemas no sistema de saúde.

Este artigo tem como objetivo discutir a disponibilidade de medicamentos de alto custo para compensar a carga sobre os cofres públicos ao vincular os altos custos

a apenas um medicamento e a instabilidade da oferta de serviços relacionados ao Sistema Único de Saúde – SUS no Brasil. Essa discussão é relevante e tem levado o Supremo Tribunal Federal a decidir, em repercussão geral, as diretrizes que o judiciário adotará sobre o tema. É também pela quantidade de ações que o tribunal, acionado em sede de Recurso Extraordinário, estabeleceu diretrizes a serem seguidas.

O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa jurisprudencial, doutrinária e legislativa, visando, como objetivo, o esclarecimento e a compreensão do processo de judicialização, seu procedimento e as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas no judiciário brasileiro.

É nesse sentido que, analisando estabelecer parâmetros e limites que legitimem a atuação na concessão de medicamentos de alto custo, busca-se responder à seguinte problemática: qual é o dever do Estado na promoção e proteção do direito fundamental à saúde? Quais são os critérios utilizados pelo Judiciário na determinação à Administração Pública para o fornecimento de medicamentos de alto custo disponibilizados ou não pelo SUS?

No primeiro capítulo, serão discutidas as origens dos direitos sociais e como a Constituição de 1988 os incorporou ao direito brasileiro. Após um longo período, a Constituição de 1988 trouxe à tona um extenso rol de direitos sociais, como reflexo da busca de atender às necessidades da sociedade e garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo tratará da análise funcional do SUS, principalmente no que se refere ao fornecimento de medicamentos. Nesse contexto, trará uma visão geral dos pré-requisitos legais que afetam o fornecimento de medicamentos de alto custo e os argumentos apresentados para justificar a ineficácia da efetivação desse direito.

Ao final, será realizada uma breve análise do Recurso Extraordinário 566.471 do Rio Grande do Norte, tema 06 – STF, combinado ao recente julgamento do Recurso Especial 1.657.156 do Rio de Janeiro, tema 106 – STJ, que tratam da demanda para o fornecimento de medicamentos de alto custo, disponibilizados ou não pelo SUS, bem como ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao que se refere a responsabilidade solidária dos entes federados na efetivação do direito à saúde.

DIREITOS HUMANOS E SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito à saúde é considerado atualmente como um direito fundamental, associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, dever do Estado e garantia de todos os cidadãos. Nesse sentido, para sustentar tal pretensão, é necessário citar o artigo 196 da Carta Magna¹, no qual se estabelece que a saúde é um direito de todo indivíduo e uma obrigação do Estado. O autor Sylvio Clemente Motta Filho articula esse direito:

Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos de índole econômica, social e cultural. Em termos cronológicos, surgem após os direitos de primeira geração e, diferentemente, destes, não visam a uma atuação estatal negativa, mas positiva, pois têm por conteúdo alguma prestação que o Estado deva cumprir perante os indivíduos.

¹ Art. 196. 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.

Tais direitos exigem, pois, uma postura ativa do Estado, no sentido de possibilitar as conquistas sociais. Estão intrinsecamente ligados ao estatuto da igualdade. As normas constitucionais consagradoras desses direitos exigem do Estado um fazer, por meio de ações concretas desencadeadas para favorecer o indivíduo (também são conhecidos como direitos positivos ou direitos de prestação). (MOTA, 2018, p. 211).

A partir do posicionamento acima elencado, pode-se dizer que o direito à saúde necessita de posicionamentos positivos do Estado, ou seja, é obrigado a garantir a segurança da constituição por meio de políticas públicas. Nesse caso, Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino (2016, p. 911) afirmam:

Por sua vinculação direta à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde é titularizado por todas as pessoas que estejam no território brasileiro, independentemente da nacionalidade (brasileiro ou estrangeiro) e do país de domicílio. O principal destinatário do dever, sem dúvida, é o Estado (gênero), sendo todos os entes federativos solidariamente responsáveis. (CF, art. 23, II).

Além disso, é na área dos direitos civis que o direito à saúde ganha seus contornos originais. Ao tratar desse assunto, o Estado tem a garantia de certas obrigações.

Percebeu-se que não bastavam o reconhecimento formal da igualdade e a garantia da liberdade individual para se assegurar um pleno desenvolvimento da sociedade como um todo, já que a maioria de seus membros não dispunha de condições reais para obter condições dignas de existência. Para que tal intento fosse atingido era indispensável que o Estado assumisse um papel atuante perante a sociedade, pois apenas o ente estatal, distanciado de interesses próprios, estaria apto a criar as condições para um efetivo desenvolvimento da integralidade dos membros da coletividade. Nessa nova perspectiva, impõe-se ao Estado a implementação de políticas públicas que criem as condições de igualdade material almejadas. Daí por que os direitos de segunda geração são também chamados de direitos dos desamparados ou direitos do bem-estar. Com sua afirmação temos a superação do Estado Liberal pelo Estado Social, intervencionista na sociedade. (MOTA, 2018, p. 212).

A partir de então, observa-se a natureza das garantias fundamentais; todavia, sua implementação se deve aos artigos 196 e seguintes. Dessa forma, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), instituição que presta serviços terapêuticos e médicos, essenciais para o desenvolvimento da saúde pública no Brasil, regido pela Lei nº 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, tornando obrigatório o atendimento a todas as pessoas, sem distinção, conforme explicita Mota:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que

criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (2018, p. 211).

Conforme previsto no artigo 4º, a Lei 8.080/90 assim conceitua o Sistema Único de Saúde:

Art. 4º – O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nos artigos seguintes, a lei estabelece as finalidades do SUS, bem como o artigo 6º afirma a implementação e a execução de práticas de assistência terapêuticas integrais, incluindo medicamentos, as quais estão incluídas em seu sistema de atuação. No entanto, há um crescimento exorbitante na área judicial, com ações pleiteando medicamentos (fornecidos ou não pelo SUS), em que muitas vezes é julgado improcedente o pedido, mesmo após comprovação de insuficiência financeira para o custeio do tratamento, bem como a demonstração, por laudo médico, da indisponibilidade pelo SUS de outros medicamentos eficazes no tratamento.

É inegável que as necessidades da sociedade são imensuráveis e os recursos do Estado são limitados. No entanto, o que realmente se espera do Governo é o investimento em ações práticas que alcancem, pelo menos, a maioria das pessoas necessitadas. Mayara Araújo dos Santos (2011) tem a seguinte visão sobre o assunto:

O Estado tem o poder e o dever de sistematizar a forma como devem ser observados os princípios a fim de garantir os direitos. É certo que o ente público tem obrigação de obedecer ao princípio da legalidade e respeitar a previsão orçamentária, mas é imprescindível, também, que as atividades estatais estejam vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo abster-se e ter condutas no sentido de efetivar e proteger a dignidade do indivíduo e da sociedade em geral.

Dessa forma, é possível visualizar que o Estado necessita deixar de ser um ente com conduta passiva, com intuito de fazer o bem à coletividade, a fim de mudar a efetiva igualdade e a dignidade individual e da sociedade, haja vista a compreensão de que, em tempo algum, o Estado conseguirá efetivar tais garantias em sua totalidade, dado que, como previamente fora aludido, as carências sociais são infinitas, enquanto os recursos são limitados.

A importância de previsão orçamentária

Embora não seja adequado ao controle social, dada a complexidade das contas públicas, é necessário encontrar forma para que se efetivem tais garantias por meio de uma norma organizacional das finanças públicas e pelos órgãos de controle orçamentário, como o Tribunal de Contas da União.

Os direitos fundamentais não estão totalmente cobertos pelos recursos econômicos, ou, aparentemente, estes não são suficientes para a realização universal por conta dessa limitação.

O Estado deve gerir os recursos à sua disposição da forma mais eficiente e ser capaz de dar a quem deles necessita os meios para fazer valer os seus direitos. Ainda assim, há limites econômicos impostos pela própria coletividade, sendo reconhecida a sua carência, por exemplo, na estruturação de hospitais, creches ou até mesmo na contratação de colaboradores para a lotação desses estabelecimentos (BARCELLOS, 2008).

O Estado deve conciliar todas as necessidades com a possibilidade econômica de satisfazê-las, conforme explicita Barcellos:

É óbvio que a limitação de recursos existe e não se pode ignorá-la, até mesmo porque se possa afirmar judicialmente exigível ou não, certo e determinada prestação do Estado que desborde dos limites do razoável, mas também não se pode esquecer a finalidade da arrecadação de recursos públicos que não é senão a de realizar os objetivos fundamentais traçados na Constituição: “promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento. (BARCELLOS, 2008, p. 144).

Trata-se de um ato de escolha – discricionária, mas regrada – do gestor de políticas públicas. Tais escolhas são guiadas pela ética e pela moral, também tendo como critério a proporcionalidade e a razoabilidade, em respeito aos princípios norteadores da administração pública.

A DIFICULDADE IMPOSTA AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Os medicamentos de alto custo são considerados medicamentos de dispensação especial, que variam de acordo com a doença específica de cada paciente e estão incluídos nos oferecidos pelos Componentes Especializados da Assistência Farmacêutica, o qual visa garantir, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o acesso ao tratamento medicamentoso de doenças de baixa prevalência ou de uso crônico prolongado, com alto custo unitário, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) publicados pelo Ministério da Saúde. Dessa forma, a fim de garantir a integralidade do tratamento, conta-se com todos os entes responsáveis pela efetividade dos programas de saúde disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022).

Tais medicamentos são definidos pela Portaria nº 3.916/1998 da ANVISA como “medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos”; portanto, a distribuição desses medicamentos depende de um processo mais rigoroso.

Além das maiores dificuldades de acesso a medicamentos de alto custo, os poderes públicos são ineficientes no cumprimento de suas responsabilidades relacionadas ao direito à saúde. Diante disso, o Judiciário ainda precisa atuar para resguardar esse direito em três situações distintas, conforme aponta Fernando Mânica:

- i. na inércia do Poder Legislativo em regulamentar questão específica ligada ao direito em referência (omissão legislativa);
- ii. no descumprimento pela Administração Pública, da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa) e;
- iii. no caso em que a regulamentação do direito à saúde (de)limite de modo não constitucionalmente fundamentado o direito originário à saúde (obscuridade, contradição ou excesso, tanto em sede legislativa quanto em sede administrativa).

Para Gustavo Amaral (2001), deve-se levar em conta que, na realidade social do Brasil, devido às desigualdades sociais, uma parte da população sofre de doenças “modernas”, enquanto a outra parte continua sofrendo de doenças endêmicas relacionadas à pobreza. Esse fato mostra que muito precisa ser feito pela saúde do Brasil, especialmente no combate às doenças que afetam as pessoas mais carentes.

Atualmente, diante da notória crise que atinge a saúde no país, os Tribunais têm julgado com facilidade amparos individuais para obtenção de medicamentos, muitas vezes sem análise prévia da real eficácia destes, pautando-se na garantia do direito à saúde e à vida. Apesar da óbvia necessidade dessa atuação, há detentores da necessidade de apuração do caso concreto, sob pena, em última instância, de violação do princípio da isonomia². A concessão de tutelas pelo judiciário garante atendimento individualizado aos pacientes que necessitam do processo judicial, embora a saúde seja considerada um direito coletivo.

Nessa perspectiva, é importante considerar as limitações dos recursos disponíveis para a oferta de medicamentos, seja judicialmente ou administrativamente. A relação entre a garantia do direito à saúde e o respectivo impacto aos cofres públicos deve ser analisada tendo em conta o princípio da reserva do possível.

A prestação de serviços estatais – que na realidade é a concretização de direitos constitucionais – depende da disponibilidade de recursos públicos e deve ser analisada em conjunto com as realidades de escassez desses recursos. À medida que as reivindicações de direito à saúde se tornam cada vez mais abarrotadas, o judiciário é encarregado, cada vez mais, de estabelecer o equilíbrio entre duas questões-chave: a efetivação do direito em contrapartida à escassez de recursos (AMARAL, 2001, p. 146-147).

A falta de recursos disponíveis é uma das defesas dos Entes Estatais que não cumpriram suas obrigações de fazer valer seus direitos relacionados. Nesse sentido, há debate sobre a legitimidade do judiciário, que dá algum grau de prioridade a quem a ele recorre, para interferir na aplicação desses recursos e prejudicar quem a ele não recorreu.

No entendimento jurisprudencial, a aplicação do princípio da reserva do possível e a limitação do Poder Judiciário em relação à intervenção no Executivo permanece controversa. Diante de cenários que exigem cada vez mais a validade dos direitos fundamentais, não há pacificação em entender a possibilidade de intervenção, ou como essa intervenção deve ser realizada.

Nesse sentido, Régis Fernandes Oliveira esclarece:

² MONTEIRO, Andréa Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. **Judicialização da saúde: causas e consequências**. Programa de Pós-Graduação em Vigilância Sanitária - Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.

Não há divergência na doutrina ou na jurisprudência quando se trata da primazia dos direitos fundamentais. Ambos argumentam que tais direitos anulam outros princípios de fato ou de direito (MANICA, 2015).

Em contraponto a esse entendimento, que vem sendo transferido para a realidade social brasileira, o princípio da reserva do possível é citado como uma limitação da atuação estatal para levar em conta o que é financeiramente possível. Neste ponto, a atuação do judiciário deixa de ser limitada pelo princípio da separação dos poderes, mas deve levar em conta as possibilidades financeiras e orçamentárias das instituições públicas.

Conforme explica Sarlet:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais se encontra na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competência. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

Os aspectos econômicos que começaram a permear a teoria da reserva do possível devem ser levados em conta na medida em que decisões judiciais podem afetar diretamente os recursos disponíveis ao Estado, acarretando ao setor público um desequilíbrio orçamentário, podendo ter que lidar com outro problema além da falta de recursos.

Entretanto, o Judiciário vem desempenhando uma atuação cada vez mais frequente e efetiva no bloqueio de recursos públicos para garantir a efetividade da prestação de serviços, principalmente no caso de medicamentos de alto custo.

Nesse contexto, a intervenção judicial deve funcionar como um sistema que equilibra os interesses públicos e privados, garantindo o direito à saúde e, em última hipótese, o direito à vida, com base no equilíbrio entre as partes.

Dado que os recursos não são suficientes para atender a todas as necessidades da população, fica a cargo do administrador tomar decisões de alocação, ou seja, quem deve atender, como deve atender e quais devem ser os critérios e objetivos para o atendimento. A principal consequência dessas decisões é a priorização de determinados serviços em detrimento de outros, visto que o Estado não dispõe de

recursos suficientes para atender a todas as suas demandas (AMARAL, 2001).

Uma das maiores situações relacionadas à saúde hoje é a alocação de recursos, em grande parte baseada em critérios econômicos, o que acaba gerando ações individuais ou coletivas, aumentando o acervo da justiça. Afinal, as decisões de alocação no setor da saúde geram risco à vida do indivíduo que teve seu direito afetado.

Diante dessas dificuldades, o Ministro do Excelso Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, desenvolveu alguns critérios bastante razoáveis para a atuação judicial nessa matéria.

Para Barroso (2008), nas ações individuais, o Poder Judiciário deve ater-se a determinar apenas o fornecimento de “medicamentos constantes as listas de dispensação elaborada pelos entes federativos”. O ministro explica que, na elaboração da lista de medicamentos, os Poderes Executivo e Legislativo avaliam a necessidade, os recursos disponíveis e os aspectos técnicos que determinam a eficácia e o uso dos medicamentos; portanto, o judiciário não pode intervir nas políticas públicas estabelecidas pelos órgãos governamentais.

No âmbito de ações coletivas, Barroso reconhece discussões sobre alterações nas listas de dispensação e decisões que podem decidir incluir medicamentos nessas listas. Note-se que essas ações podem compreender melhor a realidade social como necessidades e disponibilidades financeiras e alocar melhor esses recursos.

Além disso, as medidas acima criam um efeito *erga omnes* ao manter a equidade do paciente e permitir um melhor planejamento governamental da prestação de serviços públicos. Barroso também destaca outros parâmetros complementares da atuação judicial para orientar as decisões sobre essa matéria:

- (i) O Judiciário só pode determinar a inclusão de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos;
- (ii) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil;
- (iii) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo;
- (iv) O Judiciário deverá considerar o medicamento indispensável para a manutenção da vida.

Por fim, o Ministro defende a tese de que a responsabilidade nessas ações judiciais é do órgão responsável por listar os medicamentos em sua lista, vinculando-se, por isso, à dispensação do fármaco. No entanto, explica que, embora cada ente seja responsável por sua própria lista de medicamentos, o Judiciário entende, majoritariamente, que a responsabilidade dos entes é solidária, visto que se trata de competência comum.

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Para uma melhor compreensão do contexto, é importante discutir sobre a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/1990, que institui o Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo o acesso universal a um sistema público de saúde para todos os brasileiros, e que tem como objetivo promover, proteger e restabelecer a saúde, assim como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. O Art. 4 da Lei 8.080/1990 define o SUS como um conjunto de serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, administrados direta e indiretamente pelo poder público.

Quando violado e negado algum direito baseado na lei, garantido constitucionalmente, ou quando o Estado não consegue suprir a necessidade do indivíduo pelo SUS; e ainda caso seja negado na rede privada, como os planos de saúde e todas as esferas administrativas, poderá ele entrar com a Ação no Tribunal de Justiça para reivindicar e garantir esse direito. Mendez e Branco (2018) relatam um dos grandes problemas quanto ao fornecimento de alguns medicamentos:

É bem verdade que, em muitos casos, a judicialização do direito à saúde deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais. Especialmente nas hipóteses em que um remédio se encontra na lista de aprovados pela ANVISA, mas não na listagem do SUS, a cultura das pretensões coletivas seria um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional e à preservação da isonomia e do atendimento dos titulares de direitos em iguais condições. (p. 1070).

Atualmente, busca-se uma flexibilização, um processo mais célere, pois o procedimento da judicialização é exaustivo, visto que quem o procura o faz por necessidade, muitas vezes esgotando-se psicológica e financeiramente, tendo que ajuizar ação contra o Estado, sujeitando-se à demora e aos encargos do processo. Posteriormente à aprovação do medicamento pelo judiciário, deve-se seguir um parâmetro burocrático para o atendimento necessário, conforme diretrizes elencadas no tópico anterior, sendo necessária a apresentação de orçamentos de diferentes farmacêuticas, se não for o caso de exclusividade e, após a expedição de pagamento, outras normas internas devem ser seguidas para a prestação de contas. Assim, fica evidente a complexidade da judicialização da saúde e a necessidade imperiosa de medicamentos para a vida humana.

A responsabilidade solidária dos Entes Federados

Inicialmente, para maior entendimento, deve-se deixar claro o conceito básico de Responsabilidade Solidária, que é basicamente a responsabilidade de todos os envolvidos, ou seja, quando um indivíduo se sentir lesado, de alguma forma, ele poderá exigir a reparação de seu direito, de uma ou de todas as partes responsáveis, ao mesmo tempo³.

Uma das grandes discussões e dúvidas quanto à judicialização e à efetivação do direito à saúde diz respeito a de quem cobrar e a quem recorrer. Assim, a Constituição Federal de 1988, quanto à responsabilidade solidária entre os entes federativos dos direitos envolvendo a saúde, deixou assegurado a todo indivíduo brasileiro, em seu artigo 196, caput, que o direito à saúde é “Direito de todos, e dever do Estado”, e também em seu artigo 23, inciso II: “É competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal, e dos Municípios: II – cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1988).

A jurisprudência atual é clara quanto a esse direito, cabendo aos juízes decidir quem deve ser condenado ao exercício de suas funções, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, fixando a tese de repercussão geral, 855.178, tema 793:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são

³ Art. 23 – É competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal, e dos Municípios: II – cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (RE 855178).

Observando-se a grande demanda judiciária que versa sobre a disponibilidade de alguns medicamentos, em muitos casos, ambos são obrigados a pagar solidariamente (União, Estado e Município). Em outros casos, são propostas apenas ações judiciais contra Municípios, exigindo responsabilidade exclusiva dos recursos, e sem base para ressarcimento desse valor, o que pode gerar grandes desequilíbrios orçamentários. A responsabilidade solidária seria mais bem compreendida e resolvida se tivesse normas e paradigmas a seguir, principalmente na judicialização de medicamentos de alto custo, assim como acontece com os entes federativos menos privilegiados, em que a responsabilidade coletiva teria sua eficiência na prestação de serviços.

Breve análise dos Temas 106 – STJ e 06 – STF

A oferta de medicamentos é um problema gravíssimo na realidade brasileira. Conforme enfatizado ao longo deste artigo, a disponibilidade de recursos e a necessidade de tratamento justo por parte do poder público são cada vez mais frequentes. Nesse sentido, o Judiciário tem sido acionado pela população, com o objetivo de efetivar o direito à saúde, para determinar ao Estado o devido fornecimento dos medicamentos pleiteados em demandas judiciais, cabendo aos Tribunais Superiores decidir, em Repercussão Geral, sobre as diretrizes a serem seguidas. Estas serão brevemente analisadas a seguir, conforme Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça e Tema 06 do Supremo Tribunal Federal.

Frente ao RE 566.471 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, caso não estejam na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS). Situações excepcionais ainda poderão ser definidas na formulação da tese em repercussão geral. Para medicamentos caros não disponíveis no sistema, o STF reconhece que o Estado precisa fornecer tais medicamentos quando comprovada sua necessidade, caso o conjunto familiar não possua condições de aquisição. Esse entendimento também leva em consideração que os estados não são obrigados a fornecer medicamentos que não estejam registrados em uma autoridade reguladora.

Seguindo o mesmo entendimento, o ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator, conforme passagem transcrita abaixo:

(...) o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS). Não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada (RE 566.471).

Recentemente, na tentativa de uniformizar o julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial 1.657.156, Tema 106, também em repercussão geral, estabeleceu critérios cumulativos para que os Magistrados apliquem em questões relacionadas ao fornecimento de medicamentos não incluídos no SUS.

Esse Recurso Especial trata apenas da assistência farmacêutica para medicamentos que não constam na listagem padronizada do SUS, sendo que seu acordão definiu alguns critérios que devem ser cumpridos cumulativamente para que o atendimento seja prestado quando acionado pela via judicial. Os requisitos são: laudo médico fundamentado e circunstanciado, constando informações como imprescindibilidade e necessidade do medicamento, comprovação de incapacidade financeira de arcar com os custos e o registro na ANVISA.

Dessa forma, os parâmetros podem aumentar a uniformização entre as decisões e, conseqüentemente, a segurança jurídica para as partes.

Sendo assim, pode-se inferir que as decisões tomadas no Recurso Extraordinário nº 566.471 e no Recurso Especial 1.657.156 representam o caminho para uma estabilização da aplicação do direito pelos juízes e tribunais em todo o Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível compreender, nas proposições seguintes, as principais ideias no que diz respeito ao dever do Estado na promoção e proteção do direito fundamental à saúde e aos critérios utilizados pelo Judiciário na determinação à Administração Pública para o fornecimento de medicamentos de alto custo disponibilizados ou não pelo SUS.

Por meio do direito à saúde e sua importância social e individual, assegurada pela Constituição e pelas leis derivadas, as quais deixam claro que é dever do Estado a sua efetivação. Esse dever pode ser solidário, assim Estado, Município, e União responderão conforme cumprimento de reivindicações de acordo com as decisões judiciais, contudo, conseguir o tratamento adequado nas redes públicas não é tão fácil quanto parece nos grandes veículos de mídia. Em resposta a essa dificuldade, os cidadãos passaram a recorrer ao Poder Judiciário, fazendo com que os magistrados passem a atuar, de certa forma, como gestores das políticas públicas, mesmo sem ter condições para tal.

Nesse sentido, importa destacar, novamente, que, de acordo com os entendimentos apontados no decorrer do trabalho, tais medidas devem ser adotadas pelo Judiciário ao fixar o fornecimento de medicamentos de alto custo fornecidos ou não pelo SUS, valendo ressaltar a responsabilidade solidária do Estado, prevista na Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, considerando que o direito à saúde encontra previsão constitucional e é efetivado por meio da realização de políticas públicas, suprimi-lo violaria um direito fundamental do indivíduo, sujeito às condições precárias a que é submetido pela falha na prestação dos serviços públicos de saúde.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Parecer s/n.º. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro (63), 2008, p. 32-35.
- BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. **D.O.U**, 20 set 1990, p. 1.055. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.
- BRASIL. Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 junho 2022.
- BRASIL, Ministério da Saúde. **O que são os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)?** Brasília, 2022, Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/pcdt>. Acesso em: 29 set 2022.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 28 set. 2022.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 566.471. Relator: Relator Min. Marco Aurélio. Recurso Extraordinário 566.471. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 28 set. 2022.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.657.156. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 28 set. 2022.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.
- MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, 1, 2011, p. 7.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MONTEIRO, Andréa Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. **Judicialização da saúde: causas e consequências**. Programa de Pós-Graduação em Vigilância Sanitária - Pontifícia Universidade Católica de Goiás.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Método, 2018.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07 jun. 2022.

SANTOS, Mayara Araújo dos. **Direito fundamental à saúde e a responsabilidade entre os entes federativos**. 1 set. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/fornecimento-de-medicamentos-um-conflito-entre-os-entes-federativos-e-o-poder-judiciario/>. Acesso em: 07 jun. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.