



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

RAISSA CRISTINA FERREIRA DE LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO À VIDA E À SAÚDE

SOUSA – PB
2018

RAISSA CRISTINA FERREIRA DE LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO À VIDA E À SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a Dr^a Maria do Carmo Élide Dantas Pereira

RAISSA CRISTINA FERREIRA DE LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO À VIDA E À SAÚDE

Monografia apresentado ao Curso de Direito
do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a Dr^a Maria do Carmo Élide
Dantas Pereira

Data de aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora

Dr^a. MARIA DO CARMO ÉLIDA DANTAS PEREIRA

Orientadora - Unidade Acadêmica de Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Universidade Federal de Campina Grande

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à Deus por me proporcionar lutar pelo tão desejado sonho. À minha Mãe que foi minha fortaleza para que eu me mantivesse firme, ao meu companheiro e aos meus familiares e amigos que me incentivaram com carinho e confiança nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo dom da vida, pelas suas infinitas graças derramadas sobre mim a todo momento, que sempre me guiou para que esse sonho pudesse se tornar realidade.

À minha Mãe, que é a minha fonte inspiradora de determinação e coragem, para que eu sempre me mantivesse de cabeça erguida, para as dificuldades que iria encontrar no meio do caminho. Aquela que sempre esteve ao meu lado realizando os dois papéis na minha vida, de pai e mãe, e que realiza com muita maestria.

Sou eternamente grata pelos seus ensinamentos, e o seu imenso amor que tem transmitido em todos os dias da minha vida.

Ao meu esposo, amigo e companheiro Jorge, que sempre esteve ao meu lado a cada caminhada, entre vitórias e momentos difíceis, durante esses anos de graduação. Sempre com muita paciência, carinho e me transmitindo confiança a cada passo dado.

Aos meus familiares, que sempre me apoiaram e incentivaram, para que eu pudesse realizar esse sonho tão desejado por todos. Agradeço cada demonstração de carinho, e companheirismo de cada um durante esse percurso.

Aos meus queridos Amigos Ayanne, Paula, Kecia, Veruska, João Pedro, Davi que irei levá-los sempre em meu coração, todos os momentos compartilhados, todas as conquistas alcançadas juntos durante esse anos, ficarão guardadas em minha memória com muito carinho.

À minha orientadora e professora Maria do Carmo, que me ajudou desde a escolha do tema, como no desenvolver do meu trabalho. Obrigada por toda paciência, dedicação, e ensinamentos que me disponibilizou.

“Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doença”.

(Organização Mundial de Saúde)

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a responsabilidade civil do Estado no atendimento à saúde da pessoa humana, em especial quanto ao fornecimento de medicamentos, tratando da teoria da reserva do possível e suas implicações à saúde. Para tanto, será abordada a questão relativa aos direitos fundamentais e à dignidade humana, ressaltando o direito à vida e à saúde, para compreender o contexto da obrigação de prestação de atendimento à saúde por parte do Estado aos administrados. Em um segundo momento, será feita uma explanação dos direitos sociais a luz da Constituição de 1988, englobando a importância das políticas públicas de saúde, e a política nacional de medicamentos, sobre abordagens teóricas, para compreender como se procedeu a garantia do atendimento gratuito à saúde no Brasil, que instituiu o Sistema Único de Saúde. Por fim, é exposto a realidade na prestação de saúde pelo Estado com o previsto pelo legislador na Lei Fundamental de 1988, analisando a questão da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nessa prestação, enfatizando a ação de tutela antecipada. Em especial quanto ao fornecimento de medicamentos, e a intervenção judicial na garantia da efetivação do direito fundamental à saúde. A pesquisa utiliza o método dedutivo, a fim de demonstrar o direito à saúde, e a responsabilidade do Estado no fornecimento de medicamentos. Assim como, aplica a documentação direta por meio da pesquisa bibliográfica, doutrina, legislação, textos científicos e jurisprudência. Conclui-se que, as políticas públicas são fundamentais para a concretização do direito à saúde, bem como compete ao Estado intervir na esfera da liberdade individual e promover o bem-estar social.

Palavras Chaves: Responsabilidade Civil do Estado; Medicamentos; Direito à Saúde.

ABSTRACT

The present work deals with the civil responsibility of the State in the health care of the human person, especially regarding the supply of medicines, dealing with the theory of the reserve of the possible and its implications for health. In order to do so, the issue of fundamental rights and human dignity will be addressed, highlighting the right to life and health, in order to understand the context of the State's obligation to provide health care to the administered. Secondly, an explanation of social rights will be made in light of the 1988 Constitution, encompassing the importance of public health policies, and the national drug policy, on theoretical approaches, in order to understand how the free. Finally, it is exposed the reality in the provision of health by the State with the predicted by the legislator in the Basic Law of 1988, analyzing the question of the legitimacy of the intervention of the Judiciary in this provision, emphasizing the action of guardianship anticipated. In particulars with regard to the supply of medicines, and judicial intervention in guaranteeing the realization of the fundamentals right to health. The research uses the deductive method in order to demonstrate the right to health, and the responsibility of the State in the supply of medicines. As well as applying direct documentation through bibliographic research, doctrine, legislation, scientific texts and jurisprudence. It is concluded that public policies are fundamental for the realization of the right to health, and it is the responsibility of the State to intervene in the sphere of individual freedom and to promote social welfare.

Key Words: Civil responsibility of the State; Medicines; Right to health

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AIDS - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Art – Artigo

CF/88 - Constituição Federal

CID - Classificação Internacional de Doença

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONASS - Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde

CONASEMS - Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde

FNJ - Fórum Nacional do Judiciário

HIV - Vírus de Imunodeficiência Humana

LDO - Lei de Diretrizes e Bases

LOA - Lei Orçamentária Anual

MP - Ministério Público

PMA - Políticas Públicas e Modelos de Atenção e Gestão à Saúde

PPA - Plano Plurianual

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

STF - Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | O DIREITO À VIDA E À SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO | 14 |
| | 2.1 DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... | 15 |
| | 2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE | 17 |
| | 2.2.1 SUS (Sistema Único de Saúde)..... | 18 |
| | 2.3. POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS | 21 |
| 3 | A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO | 24 |
| | 3.1 CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS..... | 27 |
| | 3.2 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL..... | 31 |
| | 3.2.1 Implicações no Direito à Saúde, e a não Cobertura Total do Estado..... | 34 |
| 4 | ANÁLISE GERAL SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE | 36 |
| | 4.1 EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS..... | 42 |
| | 4.2 LEGITIMIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATUAR COMO ORGÃO FISCALIZADOR NO PROCESSO | 45 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 48 |
| | REFERÊNCIAS | 50 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de analisar o direito fundamental de todos à saúde e o dever correlato do Estado, em especial no tocante à obrigação solidária dos entes federativos no fornecimento de medicamentos, e às suas consequências práticas.

Para tanto, faz-se uma explanação do estudo da responsabilidade civil, mais especificamente aquela referente à Administração Pública, o que se dá no desenvolvimento deste trabalho.

Em princípio, importa lembrar que o Estado, na qualidade de pessoa jurídica, é um ser intangível. Somente se faz presente no mundo jurídico por meio de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta é a ele imputada. O Estado, por si só, não pode causar danos a ninguém.

O cenário relativo ao tema objeto de estudo compõe-se de três sujeitos: o Estado, o lesado e o judiciário. Nesta esfera, o Estado, conforme o direito positivo é civilmente responsável pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, ficando obrigado a reparar os prejuízos causados por meio das respectivas indenizações, e decisões estabelecidas pelo poder judiciário.

O direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, protegido pelo artigo 5º da Constituição Federal, e ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, segundo o disposto no artigo 1º, III da Carta Magna. Trata-se, portanto, de direito dos mais fundamentais, que, caso não seja tutelado de forma eficaz, leva o ser humano à situação de indignidade e, até mesmo, à morte. Relacionada ao direito à saúde está à obrigação do Estado de fornecer todos os medicamentos necessários à manutenção da vida saudável de todos os indivíduos, não podendo tal obrigação restar limitada às listas restritas criadas pelo SUS, nem ao orçamento reduzido destinado à saúde pelos entes públicos.

A obrigação relacionada ao direito fundamental à saúde é cumprida de forma insatisfatória, razão pela qual aqueles que necessitam de medicamento se veem obrigados a recorrer ao Poder Judiciário, ingressando com ação de tutela

antecipada, quando se tem urgência para usufruir tal tratamento, a fim de obrigar o Estado no fornecimento do medicamento pleiteado.

Serão analisadas as soluções coercitivas mediadas pelo judiciário e órgãos competentes, para que seja assegurado o direito à saúde, e a ação de obrigação de fazer, como a possibilidade de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública e a existência ou não de condenação genérica no que diz respeito à espécie de medicamento pleiteada.

A escolha do tema justifica-se diante do atual e preocupante cenário brasileiro de buscas ao judiciário para garantir um direito fundamental, de garantia da vida e à saúde, através de pedidos relacionados a medicamentos e dentre outros tratamentos terapêuticos que o estado tem a responsabilidade, de prestar com maestria a população, como também amenizar a burocratização para disponibilidade de tais serviços, de acordo com o seu exercício de poder.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a responsabilidade civil do estado, para com a população no fornecimento de medicamentos, enfatizando as suas principais obrigações, que quando não realizadas, seguirão na reparação dos danos mediante prejuízos sofridos pelas vítimas. São objetivos específicos estudar a necessidade de fornecimento de tais direitos solicitados pela população, para garantia de uma vida digna, enfatizar as garantias dos direitos fundamentais a luz da constituição de 1988 para que eles sejam cumpridos através de políticas públicas que garantam o bem estar social, e ressaltar a importância da presença do judiciário nessas questões citadas, para que faça acontecer a efetivação de tais direitos de maneira mais célere e garantida

Para a realização do presente trabalho, utilizar-se-á uma abordagem dedutiva, diante do propósito de extrair discursivamente o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. A técnica da pesquisa se servirá da documentação direta, por meio do estudo bibliográfico, de cunho sociológico, jurisprudencial e doutrinário, como legislação, livros, artigos científicos. Em geral, a pesquisa tem natureza descritiva e explicativa.

O presente estudo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo apresentar-se-á considerações sobre a responsabilidade civil do estado no fornecimento de medicamentos, ressaltando a teoria da reserva do possível e suas implicações sobre a não total cobertura do estado.

No segundo capítulo, será apresentado o dever do estado como garantia da vida e da saúde, em consonância aos direitos sociais expressos na Constituição, e por fim abordar a importância das políticas públicas para saúde e a política nacional de medicamentos.

No terceiro e último capítulo, será discutido o tema referente à judicialização da saúde, enfatizando a tutela antecipada, a legitimações do Ministério Público para atuar como órgão fiscalizador nos processos.

2 O DIREITO À VIDA E À SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO

O direito a saúde pública encontra-se positivado na CF/88 expressamente nos artigos 6º e 196º, sendo um direito social e fundamental, e um dever do Estado. A saúde é inerente ao ser humano, bem como à sua vida com dignidade, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, expresso na CF/88 em seu artigo 1º, inciso III.

No artigo 196º da CF/88, está explícito que a saúde é de responsabilidade do poder público, sendo ele responsável por criar normas para regulamentar, fiscalizar e controlar a saúde e dar respaldo financeiro para desenvolvimento e implantação de políticas públicas na área da saúde.

A União age através do ministério da saúde que foi criado em junho de 1953 através da lei nº 1.920, em que a partir desse episódio ele ficou responsável pela saúde em âmbito nacional. O ministério da saúde no Brasil tem como objetivo cuidar, proteger, fiscalizar e promover políticas públicas de âmbito nacional na área da saúde, além de apoiar e implementar políticas de alimentação e nutrição, saneamento básico, e controle de agressões ao meio ambiente.

Cabe a União à fiscalização da saúde em âmbito nacional, ela criou uma autarquia em regime especial a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que tem como objetivo a promoção da saúde no Brasil, além de fiscalizar alimentos, medicamentos e até cosméticos e serviços de risco a saúde.

No Brasil, pode-se dizer que temos um “sistema de saúde duplicado”, onde os arranjos entre o público e o privado do sistema misto de saúde coexistem no provimento, financiamento, demanda e utilização dos serviços de saúde. Ressalta-se ainda o caráter suplementar do sistema, quando o segmento opera em países com Sistema Nacional de Saúde, oferecendo elementos adicionais, tais como hotelaria, livre escolha, maior rapidez ou serviços e tecnologias ainda não cobertos pelo sistema público.

A Lei n. 9.656 de 03 de junho de 1988, estabeleceu as bases da Saúde Suplementar no Brasil com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS. Oficialmente iniciava-se o processo de regulamentação do sistema privado de assistência à saúde. O Brasil possuía, então, dois sistemas de atendimento: o sistema público, caracterizado pelo SUS Sistema Único de Saúde, que segundo a

CF/88 era dever do Estado e o sistema privado, cuja liberdade de atuação foi garantida pela própria Constituição e regulamentada pela criação da ANS.

A saúde suplementar no Brasil, então, pode ser definida como todo atendimento privado de saúde, realizado ou não por meio de um convênio com um plano de saúde. Estão presentes dentro do cenário da Saúde Suplementar no Brasil o governo - representado pelo Ministério da Saúde -, a Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, além das operadoras de planos privados, as seguradoras e os prestadores de serviço de assistência à saúde.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais resultam de um movimento de constitucionalização que começou nos primórdios do século XVIII. Encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

Muito se tem contribuído para o progresso moral da sociedade, pois são direitos inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem, portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária, onde várias são as expressões usadas para nomeá-los: direitos dos homens, direitos naturais, direitos individuais, direitos humanos, liberdades fundamentais, etc.

Na CF/88, o homem se sobrepõe ao Estado, onde as garantias e os direitos fundamentais do cidadão aparecem logo nos primeiros artigos, onde é estabelecido o princípio da cidadania, da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos cidadãos estão no texto constitucional.

Resguardados pela Carta Magna, os direitos fundamentais colocam o Brasil como um dos países com o mais completo ordenamento jurídico em relação aos direitos humanos. Além das garantias fundamentais expostas na Constituição que asseguram direitos aos cidadãos, as prerrogativas também são resguardadas pelos direitos humanos, em que ambos possuem a mesma essência e finalidade, que é compor um conjunto de leis inerentes à dignidade da pessoa humana. Juntas as

legislações que proporcionam, aos cidadãos o direito à vida, ao trabalho, à educação e à liberdade de opinião e expressão, sem distinções.

Considerados universais os direitos humanos são válidos para todos os povos e são resultados de reivindicações geradas por situações de injustiça ou de agressões que limitam de alguma forma os direitos básicos ao ser humano, garantidos por meio de tratados internacionais, antes mesmo da CF/88, já os direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição Federal.

Os direitos fundamentais assumem posição de destaque a partir do momento em que há a inversão do mecanismo de relação entre Estado e indivíduo, sendo que este último, antes de ter deveres perante o Estado, é primeiramente portador de direitos que devem ser garantidos por ele. O estado liberal foi marcado pela constante interferência nos direitos fundamentais dos indivíduos, decorrentes de mudanças relacionadas às crises sociais e econômicas em que transformaram os direitos fundamentais.

O texto da Constituição dedica um título para tratar dos direitos e garantias fundamentais. O título II divide estes direitos em XX capítulos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, em que esses a partir da doutrina são divididos em quatro categorias: Direitos fundamentais de primeira geração marcam a passagem do Estado autoritário para o Estado de direito e com foco no respeito às liberdades individuais, em que tais direitos representam as liberdades públicas dos indivíduos; Direitos fundamentais de segunda geração marcados pela oposição às péssimas situações e condições de trabalho encontrados no período pós primeira guerra, que são os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, que têm relação com o Princípio da Igualdade, pois buscam manter a igualdade entre os cidadãos por intermédio das normas constitucionais; Já os direitos da terceira geração irão além o indivíduo, beneficiando a sociedade em geral, trazendo a ideia de coletividade. Os direitos da quarta geração surgiram sob a influência da globalização política e social, em que incluem a democracia, o direito à informação, o pluralismo, que garantem a participação social e política mais efetiva do cidadão.

Os direitos fundamentais, como princípios ou valores da ordem jurídica, conformam e limitam todos os âmbitos do ordenamento jurídico, inclusive o direito privado. Ou seja, nas relações privadas, a eficácia dos direitos fundamentais decorre

de sua dimensão objetiva, produzindo duas espécies de efeitos: vertical, entre indivíduos e Estado, e horizontal, entre indivíduos.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A implementação das políticas de atenção básica à saúde e à educação, pactuadas no processo CF/88, ocorreu de maneira mais decisiva a partir dos anos 1990. A implantação da política de assistência social, por sua vez, ocorreu com mais força a partir da segunda metade dos anos 2000. No Brasil, a democratização contribuiu para a melhoria do bem estar, isto é, favoreceu o crescimento e a consolidação das políticas sociais. Em todos os casos, as implementações das políticas sociais vieram acompanhadas de expectativas de rápidas reformas, seja pelos seus potenciais usuários, seja pelos principais atores políticos.

O desenvolvimento das políticas sociais ocorreu em condições céleres de modificações. Em 30 anos, o Estado brasileiro desenvolveu um modelo abrangente de política social. Coube ao poder municipal o papel essencial de estruturação da parte mais substantiva das políticas sociais, sobretudo nos serviços de menor complexidade. Esse fenômeno de descentralização da ação de Estado se deu via constituição de aparatos municipais de prestação de serviços.

As políticas públicas, por definição, são conjuntos de programas, ações e decisões tomadas pelos governos nacional, estadual ou municipal que afetam a todos os cidadãos, de todas as escolaridades, independentemente de sexo, cor, religião ou classe social. A política pública deve ser construída a partir da participação direta ou indireta da sociedade civil, visando assegurar um direito a determinado serviço, ação ou programa. No Brasil, o direito à Saúde é viabilizado por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, que deverá ser universal, integral e gratuito.

Os modelos de atenção e gestão à saúde representam a forma de organização do sistema de saúde e suas práticas em respostas às necessidades da população. Os modelos são expressos em políticas, programas e serviços de saúde que estejam em harmonia com os princípios e diretrizes que estruturam o SUS. Neste contexto, o programa de Políticas Públicas e Modelos de Atenção e Gestão à Saúde - PMA, desenvolvido pela Vice-Presidência de Pesquisa e Coleções Biológicas, têm como papel estratégico a indução do processo de aplicação dos

resultados das pesquisas em soluções no campo das políticas públicas e modelos de atenção à gestão a saúde, buscando aperfeiçoar o desempenho do SUS e a melhoria das condições de vida e saúde da população.

As primeiras atividades sistemáticas de mobilização de conhecimento de base científica para subsidiar a formulação de políticas públicas no Brasil ocorreram a partir de 1930, com a implantação do Estado Nacional-Desenvolvimentista, onde as literaturas que analisavam esse período destacava o esforço de construção institucional, com ênfase na profissionalização do serviço público e na adoção do universalismo de procedimentos. Com isso se deu a modernização da administração pública federal que se estendeu pelos estados, procurando consagrar a atuação de base técnica, apoiada a critérios impessoais e científicos.

As políticas públicas são executadas com o patrimônio público acumulado. Sendo que a União tem o dever de repassar parte da sua verba adquirida aos Estados e Municípios, a fim de proporcionar condições para execução de políticas públicas no âmbito estadual e municipal.

2.2.1 SUS (Sistema Único de Saúde)

A criação do SUS se deu através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”. A primeira lei orgânica do SUS detalha os objetivos e atribuições; os princípios e diretrizes; a organização, direção e gestão, a competência e atribuições de cada nível (federal, estadual e municipal); a participação complementar do sistema privado; recursos humanos; financiamento e gestão financeira, planejamento e orçamento.

Em seguida, a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros. Institui os Conselhos de Saúde e confere legitimidade aos organismos de representação de governos estaduais (CONASS- Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde) e municipais (CONASEMS- Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde).

O SUS é uma forma de política pública implantada através da Lei nº 8.080/1990, que traz um rol de princípios, objetivos e garantias inerentes à

efetivação da saúde, garantindo assim a aplicação do direito fundamental de proteção à saúde.

Os princípios relacionados ao sistema SUS são: *Princípio da Universalidade*: diz respeito aos titulares do direito à saúde. Tal princípio estabelece que todos os cidadãos possuam acesso gratuito aos serviços de saúde, implantados por políticas públicas. Não há distinção de classe social ou restrição ao uso de práticas de serviços de saúde particulares; *Princípio da Igualdade*: garante aos usuários as mesmas oportunidades e qualidade de acesso aos serviços de saúde. Porém, tal princípio não exclui a prática de critérios para o acesso dos serviços, como prioridade, doenças de grave risco, etc; *Princípio da Integralidade*: diz respeito ao alcance dos serviços públicos de saúde. Tal princípio assegura a abrangência do atendimento, em todos os níveis de complexidade. Além da atuação do Poder Público em novas pesquisas, exames e tratamentos médicos;

O Sistema Único de Saúde (SUS) cumpre o seu objetivo de prestar atendimento de saúde pública à sociedade a partir da verba pública nele aplicada. Podemos perceber que grande parte da população brasileira depende do SUS para sua sobrevivência, com a necessidade de bom atendimento e condições de tratamentos satisfatórios, que são compostos por unidades básicas de saúde, centros de atenção psicossocial, farmácia popular, hospitais credenciados, equipamentos para tratamentos de enfermidades, procedimentos ambulatoriais, internações, dentre outros.

O SUS tem as seguintes características principais:

Deve atender a todos, de acordo com suas necessidades, independentemente de que a pessoa pague ou não Previdência Social e sem cobrar nada pelo atendimento, deve atuar de maneira integral, isto é, não deve ver a pessoa como um amontoado de partes, mas como um todo, que faz parte de uma sociedade, o que significa que as ações de saúde devem estar voltadas, ao mesmo tempo, para o indivíduo e para a comunidade, para a prevenção e para o tratamento e respeitar a dignidade humana.

Deve ser descentralizado, ou seja, o poder de decisão deve ser daqueles que são responsáveis pela execução das ações, pois, quanto mais perto do problema, mais chance se tem de acertar sobre a sua solução. Isso significa que as ações e serviços que atendem à população de um município devem ser municipais; as que servem e alcançam vários municípios devem ser estaduais; e aquelas que são dirigidas a todo o território nacional devem ser federais.

Deve ser racional. Ou seja, o SUS deve se organizar de maneira que sejam oferecidas ações e serviços de acordo com as necessidades da população, e não como é hoje, onde em muitos lugares há serviços hospitalares, mas não há serviços básicos de saúde; ou há um aparelho altamente sofisticado, mas não há médico geral, só o especialista. Para isso, o SUS deve se organizar a partir de pequenas regiões e ser planejado para as suas populações, de acordo com o que elas precisam e não com o que alguém decide 'lá em cima'. Isso inclui a decisão sobre a necessidade de se contratar ou não serviços privados, e quando se decide pela contratação, que o contrato seja feito nesse nível, para cumprir funções bem definidas e sob controle direto da instituição pública contratante. É essencial, conforme o princípio da descentralização, que essas decisões sejam tomadas por uma autoridade de saúde no nível local. É a isso que se chama Distrito Sanitário.

Deve ser eficaz e eficiente. Isto é, deve produzir resultados positivos quando as pessoas o procuram ou quando um problema se apresenta na comunidade; para tanto precisa ter qualidade. Mas não basta: é necessário que utilize técnicas mais adequadas, de acordo com a realidade local e a disponibilidade de recursos, eliminando o desperdício e fazendo com que os recursos públicos sejam aplicados da melhor maneira possível. Isso implica necessidades não só de equipamentos adequados e pessoal qualificado e comprometido com o serviço e a população, como a adoção de técnicas modernas de administração dos serviços de saúde.

Deve ser democrático, ou seja, deve assegurar o direito de participação de todos os segmentos envolvidos com o sistema - dirigentes institucionais, prestadores de serviços, trabalhadores de saúde e, principalmente, a comunidade, a população, os usuários dos serviços de saúde. Esse direito implica a participação de todos esses segmentos no processo de tomada de decisão sobre as políticas que são definidas no seu nível de atuação, assim como no controle sobre a execução das ações e serviços de saúde. Embora a democracia possa ser exercida através de vereadores, deputados e outras autoridades eleitas, é necessário também que ela seja assegurada em cada momento de decisão sobre as questões que afetam diretamente e imediatamente a todos.

Por isso, a necessidade de ideias e estratégias para organização dos Conselhos de Saúde - Nacionais, Estaduais e Municipais, para exercerem esse controle social sobre o SUS, devendo respeitar o critério de composição paritária: participação igual entre usuários e os demais; além de ter poder de decisão (não ser

apenas consultivo). Em que se observa atualmente que o programa de saúde encontra-se saturado, não conseguindo comportar tal demanda exigida, necessitando de algumas reformas para benefício da população, que carece do Estado para a sua sobrevivência e efetivação da dignidade de seus direitos fundamentais.

2.3 POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS

Foi elaborada a “Política Nacional de Medicamentos” (aprovada pela Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998), tendo como objetivos primordiais: a) garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, ao menor custo possível; b) a promover o uso racional dos medicamentos; e c) assegurar o acesso da população àqueles medicamentos considerados essenciais.

Para alcançar esses objetivos, a política nacional de medicamentos estabeleceu as seguintes diretrizes: a) adoção de uma relação de medicamentos essenciais; b) regulamentação sanitária de medicamentos; c) reorientação da assistência farmacêutica; d) promoção do uso racional de medicamentos; e e) estímulo à produção de medicamentos e à sua regulamentação sanitária.

A Política Pública de Assistência Farmacêutica, aprovada pela Resolução nº 338, de 06/05/2004, do Conselho Nacional de Saúde, insere-se no contexto de políticas públicas maiores e mais complexas, quais sejam, a política nacional de medicamentos e o próprio sistema público de saúde delineado pela Constituição Federal de 1988.

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME),

imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País. O fato de que a Relação Nacional, conforme assinalado acima, deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais e favorecerá o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são como a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços.

Para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas pelas diretrizes a seguir mencionadas:

Adoção de Relação de Medicamentos Essenciais, meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos; Regulamentação Sanitária de Medicamentos, que nesse contexto, serão enfatizadas, especialmente pelo gestor federal, questões relativas ao registro de medicamentos e à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como as restrições e eliminações de produtos que venham a revelar-se inadequados ao uso. Para tanto, deverão ser utilizadas comissões técnicas e grupos assessores com a finalidade de respaldar e subsidiar as atividades de regulamentação e as decisões que envolvam questões de natureza científica e técnica; Reorientação da Assistência Farmacêutica: em que o modelo de assistência farmacêutica será reorientado de modo que não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos. As ações incluídas nesse campo da assistência terão por objetivo implementar, no âmbito das três esferas do SUS, todas as atividades relacionadas à promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais; Promoção do Uso Racional de Medicamentos que diz respeito à promoção do uso racional de medicamentos, atenção especial será concedida à informação relativa às repercussões sociais e econômicas do receituário médico, principalmente no nível ambulatorial, no tratamento de doenças prevalentes; Desenvolvimento Científico e Tecnológico que será incentivada a revisão das tecnologias de formulação farmacêutica e promovida a dinamização de pesquisas na área.

Com destaque para aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico nacional, incentivando a integração entre universidades, instituições de pesquisa e empresas do setor produtivo; Promoção da Produção de Medicamentos onde esforços serão concentrados no sentido de que seja estabelecida uma efetiva articulação das atividades de produção de medicamentos da RENAME, a cargo dos diferentes segmentos industriais (oficial, privado nacional e transnacional); Garantia da Segurança, Eficácia e Qualidade dos Medicamentos, processo para garantir a qualidade, a segurança e a eficácia dos

medicamentos fundamenta-se no cumprimento da regulamentação sanitária, destacando-se as atividades de inspeção e fiscalização, com as quais é feita a verificação regular e sistemática; Desenvolvimento e Capacitação de Recursos Humanos, o contínuo desenvolvimento e capacitação do pessoal envolvido nos diferentes planos, programas e atividades que operacionalizarão a Política Nacional de Medicamentos.

As diretrizes apresentadas comportam um conjunto de prioridades que configuram as bases para o alcance do propósito desta Política, bem como para a modificação das diferentes ações indispensáveis ao seu efetivo cumprimento.

Os programas, projetos e atividades que operacionalizarão a Política Nacional de Medicamentos, os quais estão sob a responsabilidade de diferentes órgãos do Ministério da Saúde, das Secretarias Estaduais e das Municipais de Saúde, constituirão, na verdade, os principais insumos básicos para o processo de acompanhamento e avaliação desta Política.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O regime de responsabilidade jurídica do Estado nem sempre foi igual ao que se conhece hoje. Este regime sofreu influências, principalmente do Direito Francês, evoluindo da teoria da irresponsabilidade à teoria da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade do Estado refere-se a uma obrigação atribuída ao Poder Público, de compor danos causados a terceiros por meio de seus agentes públicos em pleno exercício de suas atribuições. Sendo o Estado responsabilizado pelos danos causados por ação ou omissão dos agentes públicos.

Corresponde à responsabilidade do Estado à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, matérias ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis por seus agentes representantes.

A função da responsabilidade civil advém de um sentimento de justiça onde pretende obrigar o agente causador do dano a repará-lo, fazendo com que se restabeleça o equilíbrio jurídico-econômico rompido, buscando-se indenizar o dano em razão de sua proporção.

A responsabilidade civil do Estado é um tema sempre presente em nossa jurisprudência, por ser um assunto cada vez mais suscetível a inúmeras discussões relevantes, diante de situações com verdadeiras adversidades e de danos irreversíveis para a vítima.

A Constituição Federal de 1988, em seu Art.37, § 6º, diz:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

E no Art. 5º, X, está escrito:

são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O tema da responsabilidade civil vem recebendo tratamento diverso e amplo no tempo e no espaço. Compreendendo-se três teorias: A teoria da Irresponsabilidade do Estado em que se refere ao fundamento da soberania, possuindo o Estado autoridade incontestável. Pois, o Estado não respondia por

qualquer prejuízo causado a terceiros; A teoria da Responsabilidade subjetiva ou com culpa, onde o Estado passa a responder mediante a comprovação de culpa que poderia recair sobre o agente ou sobre o serviço; a teoria da Responsabilidade objetiva em que o Estado responde pelos danos ocasionados com base no conceito de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrador.

A responsabilidade Civil do Estado recebe várias outras denominações, como Responsabilidade da Administração Pública, Responsabilidade Patrimonial do Estado. Assim como ocorre com os particulares, pessoas físicas e jurídicas, as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que compõem a estrutura do Estado também se responsabilizam com base na lei pelos danos decorrentes do comportamento de seus agentes quando da prestação dos serviços públicos cujo destinatário é a população de modo geral.

Tal responsabilidade não se restringe apenas às atividades ligadas aos serviços públicos essenciais, sendo que também poderá surgir a partir da execução de atividades prestadas por entes estatais com personalidade jurídica de direito privado, como ocorre com as sociedades de economia mista e fundações públicas.

Como regra, a responsabilidade civil do Estado decorre de um dano praticado a partir da execução de ato administrativo que abrange de modo típico o poder executivo e de modo atípico os demais poderes e o Ministério Público, isto se explica em virtude de a maioria dos atos jurídicos estatais decorrerem da gestão da coisa pública desempenhada pelo governo, haja vista que, cabe ao poder executivo a gestão e realização de políticas públicas. Além disso, outro fato importante decorre de que a imensa maioria dos agentes públicos pertencerem ao poder executivo, em virtude deste poder possuir mais servidores do que os outros dois juntos.

Atualmente tem-se a aplicabilidade da Responsabilidade Civil ao Estado de forma mais benéfica já existente para a vítima, e isso tudo se deve à repressão por parte da população, que inconformada com os descasos do Estado e seus prepostos, lutou para chegarmos à situação que se está instalada, como a Responsabilidade Civil Objetiva baseada na teoria do risco administrativo, na qual a vítima não precisa provar a culpa da Administração Pública, nem identificar o servidor público causador do dano para ter o seu prejuízo reparado pelo Estado.

Por influência de toda essa evolução, a responsabilidade civil (ou extracontratual) do Estado, por sua vez, também passou a ser mais exigida pela

sociedade, que atualmente busca a Justiça com menos inibição para ver seus direitos respeitados e reparados, valendo mencionar as demandas indenizatórias por danos decorrentes de certas atividades administrativas, que vêm aumentando a cada dia, expressivamente.

O acesso à saúde pelo qual os direitos se tornam efetivos deve ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir direitos a todos. O acesso não é apenas um direito social fundamental, ele pressupõe um aprofundamento dos métodos utilizados para discernimento e aplicação da justiça.

Embora o acesso à saúde seja considerado um direito social básico, o conceito de efetividade é extremamente vago. Como traz Mauro Cappelletti (1988, p.24): “a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’; essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica”.

No ordenamento jurídico brasileiro existem princípios que regem o Regime Jurídico Administrativo. São cinco os princípios dispostos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo o último inserido na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998. Conforme explica Hely Lopes Meirelles (1998, p. 548): “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

Tal princípio deve ser somado aos demais, não podendo sobrepor-se a nenhum deles. A eficiência é tida como um “dever da boa administração”, uma vez que é o mínimo esperado pelos cidadãos daquele que tem o dever de gerir os recursos confiados ao Estado.

A eficiência visa combater problemas da Administração Pública como a morosidade, os desperdícios, baixa produtividade, etc, por meio de atividades eficazes. É por esse princípio que a população pode cobrar e exigir que sejam realizadas condutas efetivas no exercício de direitos sociais, como é o caso da saúde.

É importante frisar que a eficiência não se confunde com a efetividade nem com a eficácia. Carvalho Filho explica tais diferenças: a eficiência refere-se “ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes”. A eficácia tem a ver “com os meios e

instrumentos empregados pelos agentes no exercício de suas atividades na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental”. Por fim, a efetividade diz respeito aos “resultados obtidos com as ações administrativas; sobleva nesse aspecto a positividade dos objetivos”.

O Sistema Único de Saúde – SUS foi instituído de forma a atender ao Princípio da Eficiência na Administração Pública, e organizado de acordo com três diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. Entretanto, longo foi o caminho até que a saúde fosse reconhecida como um direito social.

3.1 CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Estabelece o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil ser a saúde dever do Estado e direito de todos os indivíduos. Pois, esse dever é oriundo de norma constitucional, conjugado com a Lei Federal nº 8.080/90, em que confere ao Estado a obrigação de fornecer medicamentos à população. A CF em seu artigo:

Art. 2º[...]

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

São constitucionalmente assegurados o direito e o acesso à saúde de forma universal e igualitária. É fundamentado na Constituição Federal que a saúde é um direito de todos e deve ser garantida mediante políticas públicas de modo a promover, proteger e recuperar pessoas que estão com alguma moléstia ou na eminência de sofrê-las.

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e visa consolidar as pessoas um mínimo existencial, garantindo a elas seus direitos básicos, entre eles a saúde. Pode-se dessa maneira relacionar o princípio em questão com o tema base – Responsabilidade do Estado no Fornecimento de Medicamentos– no sentido de que as escolhas estatais não podem ser exclusivamente políticas, o ente precisa escolher pensando nas pessoas,

e independentemente se a medida irá atender uma pessoa ou cem pessoas, ele não pode se abster de garantir um direito assegurado na CF/88.

A saúde requer um alto investimento por parte do Estado, seja para prevenir ou recuperar as moléstias. Cabe ressaltar que apesar do investimento ser alto, a arrecadação feita para esta área é suficiente para atender a todas as necessidades, o problema está na hora distribuir este investimento, que não está ocorrendo de forma proporcional ao necessário, ficando demonstrada a ineficiência do Estado no atendimento da saúde, e para se isentar de sua responsabilidade, acabam por atribuir a competência a outro ente, quais sejam, à União ou ao Município.

A partir do momento em que o Estado deixa de executar a sua função de fornecimento de medicação, imprescindível para restabelecimento da saúde de quem necessita, passa a violar regras e princípios constitucionais. Surgindo a responsabilidade civil de reparar o dano causado, tornando-se uma responsabilidade extracontratual, já que acontece em decorrência do descumprimento de um dever legal.

Em concordância com a previsão constitucional, os cuidados com a saúde é uma competência comum da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, devendo ser exercida por todos os entes da federação, mas sempre respeitando os limites constitucionais.

Assim sendo, não é cabível a alegação de nenhum ente federativo referente à ilegitimidade passiva *ad causam* nas exigências que versem sobre fornecimento de medicamentos, tentando se esquivar da obrigação de fazer de prestar atendimento médico à população, incluindo medicamentos e itens necessários a quem necessita e não pode adquiri-los por falta de condições financeiras. Vale destacar que apesar de algumas medicações, não façam parte da relação disponibilizada pelo sistema único de saúde (SUS), não exime a responsabilidade da administração pública em fornecê-los a população quando requerido por esta.

O direito à saúde, que está relacionado ao princípio maior que é o direito à vida, sobrepõe a qualquer direito patrimonial que possa estar comprometido na lide. Destacando que o Administrador Público não possui a faculdade de se eximir do cumprimento de um dever que dele se espera, que deste modo os impostos pagos pela população necessitam de uma contraprestação estatal, em se tratando de educação, segurança pública e saúde.

Quando o Estado se torna ineficaz no cumprimento e tais direitos citados, obrigando muitas vezes os trabalhadores sobrecarregados pelos impostos, que os impedem de obter tais direitos nas esferas das prestações particulares, o que se espera é que pelo menos assegure a população desamparada financeiramente, em concordância dos direitos fundamentais garantidos pela C/F88.

Portanto, o que não se pode é os direitos sociais, ficarem condicionados à boa vontade do Administrador, sendo que é importante o Poder Judiciário atuar como órgão controlador da atividade administrativa. Em que seria uma distorção pensar sobre o princípio da separação dos poderes, que foi originado para garantir os direitos fundamentais, e passasse a ser utilizado como bloqueio para à realização dos direitos sociais e fundamentais.

A precariedade do sistema público de saúde, quando aliada ao insuficiente fornecimento de remédios gratuitos ocasionou o surgimento do fenômeno da “judicialização da saúde”. André da Silva Ordacgy(2007, p.57):

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização da Saúde.

O caráter programático da regra expressa na Lei Fundamental tem sido complementado pelas decisões de Judiciário, evitando que o Poder Público fraudasse as justas expectativas nele depositadas pela coletividade.

Sendo o direito a saúde indissociável do direito à vida, torna-se inconcebível a recusa no fornecimento gratuito de remédios e/ ou tratamentos a paciente em estado grave e sem condições financeiras de custear as respectivas despesas.

Menciona André da Silva Ordacgy (2007, p.60) que é:

inquestionável que esse direito à saúde deve ser entendido em sentido amplo, não se restringindo apenas aos casos de riscos à vida ou de grave lesão à higidez física ou mental, mas deve abranger também a hipótese de se assegurar um mínimo de dignidade e bem-estar ao paciente.

Diante dessa situação quem desempenha um papel fundamental é o Poder Judiciário, não no sentido de interferir, devido à autonomia dos poderes, mas de forma a garantir que os direitos sejam atendidos pelos entes públicos.

É perceptível, nesse sentido, que o número de ações no Poder Judiciário relativo a pedidos de medicamentos, pedidos na área de saúde, cresceram, o que mostra a ineficiência do Estado na prestação deste serviço.

Norteia à organização da Administração Pública cinco princípios fundamentais, quais sejam: 1) Legalidade; 2) Impessoalidade; 3) Moralidade; 4) Publicidade e 5) Eficiência. Princípios esses que serão abordados como sendo instrumento garantidor aos usuários dos serviços públicos, pois a ausência ou descumprimento daqueles princípios gera um prejuízo passível de responsabilidade, pois ocorre clara violação de um direito fundamental da pessoa.

Recentes decisões judiciais ordenavam o fornecimento de remédios e/ou tratamentos não oferecidos pelo SUS, inclusive a título de tutela antecipada e mediante a cominação de multa diária, representando um gesto solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, em especial aquelas que nada têm para custeio do benefício, exceto a própria vida e dignidade. O Estado passou a ser obrigado a fornecer gratuitamente remédios de alto custo que não constam da lista do SUS àqueles que os reclamarem.

É obrigação do poder público fornecer medicamentos que estão fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que presentes três requisitos: laudo médico que comprove a necessidade do produto, incapacidade financeira do paciente e registro do remédio na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). No mais, o STJ fixa critérios para Justiça conceder medicamento não listado no SUS: Foi o que definiu a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso repetitivo quinta-feira (25/04/18), relatado pelo ministro Benedito Gonçalves. O colegiado esclareceu que os critérios só serão exigidos nos processos judiciais que forem distribuídos a partir do julgamento.

É o primeiro repetitivo no qual o STJ modulou os efeitos da decisão. Dessa forma, a tese fixada no julgamento não vai afetar os processos que ficaram sobrestados desde a afetação do tema, que foi cadastrado no sistema dos repetitivos sob o número 106. A tese exige, cumulativamente, os seguintes requisitos: Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; Incapacidade financeira do paciente de

arcar com o custo do medicamento prescrito; Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O caso analisado envolveu uma mulher diagnosticada com glaucoma que cobrava fornecimento de dois colírios não especificados em lista de fornecimento gratuito pelo SUS. O pedido foi acolhido em primeira e segunda instância, e as decisões foram mantidas pela 1ª Seção do STJ.

O colegiado não considerou possível constatar a presença de todos os requisitos da tese fixada, mas entendeu que chegar a conclusão diferente das instâncias ordinárias exigiria o reexame das provas do processo, o que não é permitido em apreciação de recurso especial. Com isso, foi rejeitado o recurso do estado do Rio de Janeiro, mantendo-se a obrigação de fornecimento dos colírios.

A decisão determina ainda que, após o trânsito em julgado de cada processo, o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (Conitec) sejam comunicados para que estudem a viabilidade de incorporação do medicamento pleiteado no âmbito do SUS. O acórdão ainda não foi publicado. Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.

3.2 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível, com precedente histórico alemão, teve como fundamento o princípio da razoabilidade em relação ao que proporcionalmente se pode exigir do ente estatal.

No Brasil a teoria ganhou um perfil próprio, pois há algum tempo é utilizada como motivação para a ausência de implementação de determinadas políticas públicas garantidoras de direitos sociais em virtude da escassez de recursos do Poder Público para efetivamente concretizar tais garantias.

Afirma Ávila (2014) que, no Brasil, a teoria da reserva do possível teve seu conceito alterado, tendo em vista que o Executivo, de maneira ampla, veio utilizando-a para tentar justificar a ausência de efetivação políticas públicas com base na escassez de recursos financeiros, argumentando que caso houvesse a destinação de dinheiro para determinada área por meio de intervenção judicial, outras áreas prioritárias poderiam ser prejudicadas, ou seja, atender-se-ia um pleito isolado em detrimento de toda a coletividade.

Sobre essa perspectiva teoria colhe-se na doutrina (SARLET, 2012, p. 389):

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se 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 de natureza eminentemente competencial.

Torna-se evidente, então, a diferença entre a aplicação da citada teoria no Brasil e na Alemanha, onde o contexto político-econômico é totalmente diverso do quadro brasileiro, o que por certo explica o fato de que em nosso país a justificativa se distanciou do foco principal da teoria [a razoabilidade], passando a sustentar um fundamento diverso e mais específico, qual seja a ausência de recursos públicos.

Notoriamente, a justificativa estatal ganha contornos legais bem mais profundos ao se observar a política orçamentária pré-definida para os gestores públicos, que estão subordinados a diversas leis orçamentárias para a consecução de suas despesas, consoante se observa na Lei de Responsabilidade Fiscal [Lei Complementar 101 / 2000] e no próprio texto constitucional, que impõe diversos regramentos a esse respeito, conforme destacou afirmou Borges Mânica (2011, p. 3):

Nesse cenário, a Constituição de 1988 alçou o orçamento público a importante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político. Para tanto, estabeleceu um encadeamento de três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Nesse sistema, todos os planos e programas governamentais devem estar em harmonia com o plano plurianual, nos termos do art. 165, § 4º da Constituição Federal, e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA, nos termos do art. 166, § 4º da Constituição. [...] Em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público é imposta a obrigação de observar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias. Sob pena de crime de responsabilidade previsto pelo art. 85, VI da CF/88, é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, nos termos do art. 167, II da CF/88.

Dessa forma, observa-se que as exigências legais ao gerenciamento de recursos públicos, com exigências prévias e específicas para a manutenção do equilíbrio entre receitas e despesas constituem uma base, de certo modo, justificável aos argumentos da teoria da reserva do possível no Brasil, até mesmo porque o Estado possui limitações para consecução de suas ações impostas tanto pela lei quanto pela Constituição.

Em se tratando de aplicabilidade dos direitos que possuem inúmeros custos de ordem econômica e, nesse contexto, é essencial reconhecer a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível.

O assunto referente à concretização judicial dos direitos fundamentais a esta teoria ganha importância, pois, os entendimentos enraizados em nossa sociedade, de que os direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais) são custosos e os direitos de primeira geração (individuais) são gratuitos. Entretanto, a implementação de quaisquer direitos demanda a disposição de valores dos cofres públicos, independente de sua categoria, como exemplo os gastos de dinheiro estatal para garantia do direito à segurança pública ou no incentivo de verba pública para prevenção e combate ao crime, em respeito ao direito individual à vida.

De acordo com a teoria da Reserva do Possível, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais estaria condicionada às possibilidades financeiras. Como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, é necessário eleger as políticas públicas a serem beneficiadas, para o trabalho ser realizado pelos órgãos de representação dos cidadãos e não somente pelo judiciário, sendo de responsabilidade dos governantes e aos parlamentares a decisão acerca da disponibilidade dos recursos financeiros do Estado, por meio da escolha das políticas públicas a serem implantadas na sociedade.

A Reserva do Possível passou a ser utilizada como justificativa para ausência Estatal, como um forte argumento do Estado para não cumprir com a sua obrigação como a própria Constituição lhe conferiu, como provedor das necessidades da sociedade, representadas pelos direitos fundamentais ali expostos.

A Teoria deve ser compreendida sob a visão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade através da sua pretensão para efetividade dos direitos constitucionais, e as possibilidades financeiras do Estado. Para sua utilização como limitadora de um direito constitucional, se faz imprescindível uma motivação minuciosa que justifique o não atendimento das necessidades essenciais do ser humano, bem como a definição do que seria o mínimo existencial, que se refere ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para o exercício das liberdades básicas, correspondendo aos direitos fundamentais de efetivação obrigatória a ser realizada pelo administrador público. Em que se referindo ao mínimo existencial a teoria da reserva do possível não pode ser aplicada.

3.2.1 IMPLICAÇÕES NO DIREITO A SAÚDE, E A NÃO COBERTURA TOTAL DO ESTADO

No Brasil, o Estado recebeu a incumbência de elaborar leis infraconstitucionais com finalidade de assegurar a efetividade do direito à saúde, em conformidade com os dispositivos constitucionais e de acordo com a natureza da norma constitucional de eficácia limitada programática.

O Constituinte transferiu para o legislador a competência de concretizar o direito à saúde, não se restringindo somente ao âmbito legislativo. Há ainda a vinculação do Estado para assegurar à população, a efetividade desse direito que encontra limites na disponibilidade de recursos.

Em decorrência da limitação orçamentária, grande parte da doutrina defende que apenas o mínimo existencial pode ser garantido, isto é, somente os direitos sociais econômicos e culturais considerados relevantes poderiam ser assegurados, por se incluírem no núcleo da dignidade da pessoa humana ou decorrente do direito básico da liberdade.

As destinações dos recursos públicos para a garantia de determinado direito social assim como a sua efetiva disponibilidade não podem ser opostas ao indivíduo caso dela dependa a manutenção de sua existência. Sendo nessa situação os recursos materiais mínimos devem garantir a existência do indivíduo, sob pena de atentar contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

O sistema de saúde brasileiro visa ao cumprimento das normas constitucionais, respaldado na dignidade da pessoa humana e no direito à vida, ainda que passível de falhas e vícios. A realidade brasileira está marcada pelas adversidades sociais que estão submetidos os brasileiros, ainda que os grandes obstáculos para efetivação do direito à saúde sempre estiveram ligados às limitações do Estado, principalmente acerca das possibilidades financeiras, à destinação de recurso, assim como em relação a aquisição de medidas que torne viável o seu exercício.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, não é mais possível alegar que o direito social à saúde não é garantido em razão de motivos que ultrapassem a esfera legal como verbas orçamentárias, passando a ser possível sua exigência por intermédio do Poder Judiciário, em que as ações judiciais visam garantir à obtenção

de medicamentos, cirurgias, entres outros tratamentos de forma individual ou coletiva.

Por tudo isso, o preceito da reserva do possível não pode ser utilizado para justificar inoperância/ ineficácia do Estado e eximi-lo das suas atribuições sociais. Sendo o direito à saúde interligado ao direito à vida, não podendo estar condicionado a prioridades ou possibilidades estatais para serem executados.

4 ANÁLISE GERAL SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A saúde e o direito são campos bastante politizados no Brasil. As instituições jurídicas e sanitárias têm sido testemunhas desse processo, que influencia decisivamente as sociabilidades e o estabelecimento de estratégias de reivindicação de direitos pelos atores sociais. No Brasil, a relação entre direito e saúde ganhou sua versão atual há pouco mais de 25 anos, a partir da Constituição de 1988, e sua cristalização foi fruto de amplos debates com grupos de pressão, sociedade civil e Estado.

A progressiva constitucionalização que os direitos sociais passaram na década de 1980, associada aos desafios de implementação efetiva por parte do Estado, fez que tais direitos fossem cada vez mais submetidos ao crivo das instituições jurídicas para sua efetivação.

A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos.

O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado e que deve ser considerado quando o assunto é política de saúde.

Durante algum tempo, esta atuação judicial esteve fortemente orientada pelo convencimento pessoal dos magistrados pelo Brasil. Em regra, as decisões judiciais não tinham uma sólida padronização dos limites da decisão judicial ou não traziam uma discussão mais aprofundada sobre as questões específicas de saúde. Isto fez que os magistrados decidissem com frequência de maneira “solitária” as demandas de saúde apresentadas. O resultado foi uma ampliação decisiva dos serviços de saúde pela via judicial, e um dos exemplos mais paradigmáticos dessa “virada judicial” foi o reconhecimento do dever do Estado de concessão de antirretrovirais para portadores de HIV/AIDS.

No entanto, nos últimos anos, o Judiciário buscou se debruçar de forma mais sistemática sobre o ato de julgar em saúde e tem buscado fazer que este ato não seja necessariamente uma decisão “solitária”. O crescimento da importância e do protagonismo judicial em matéria de saúde trouxe a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica. Não é por acaso que, ao longo dos últimos cinco anos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem liderado e estimulado de maneira mais sistemática a atuação do Judiciário, buscando estabelecer uma política judiciária para a saúde. As estratégias oriundas dessa política judiciária envolvem desde a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde até Comitês Estaduais de Saúde e recomendações sobre como os juízes podem decidir as demandas que lhes são apresentadas. Desde então, em meio a avanços e desafios, o CNJ tem estimulado, discutido, desenvolvido e implementado diversas ações e estratégias que visam, em alguma medida, oferecer parâmetros e diretrizes para a atuação judicial em saúde.

No Brasil, a efetivação judicial do direito à saúde tem recebido um debate cada vez mais público e em diversos espaços. Especialmente com o fomento do CNJ, tem sido analisada e desenhada uma política judiciária da saúde, que envolve não somente a atuação das instituições jurídicas, mas também sua interface com instituições políticas e participativas. Em 2010, por exemplo, o CNJ publicou a Recomendação n. 31 que, considerando o volume processual de centenas de milhares de processos em saúde, teve como objetivo orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiem os magistrados para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde pública. A exposição de motivos da Recomendação elenca a razão de sua aprovação e publicação:

O grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Judiciário e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;

A carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

Os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei n. 6.360/1976 c/c a Lei n. 9.782/1999, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser

prejudiciais aos pacientes; As reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde.

Desse modo, o CNJ estimulou que os tribunais, entre outras medidas, celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliá-los na apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, observadas as peculiaridades regionais. Além disso, estabeleceu que os magistrados:

Procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

Evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; Ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; Incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, além de incorporar o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamente e aperfeiçoamento de magistrados; Promovam visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Unacon) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon).

No mesmo ano, o CNJ ainda publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário (FNJ) para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Entre suas atribuições, o FNJ deve elaborar estudos e propor medidas concretas para o aperfeiçoamento, reforço e efetividade dos processos judiciais, além de refletir sobre a prevenção de novos conflitos em matéria de saúde. A Resolução ainda prevê a possibilidade de os tribunais realizarem termos de cooperação técnica com órgãos ou entidades públicas ou privadas para o cumprimento de suas atribuições.

Outro exemplo é a Declaração oriunda do I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, realizado em 18 e 19 de novembro de 2010. Esta Declaração parte do pressuposto de que a atuação do Judiciário é crucial para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito à saúde, mesmo sob o argumento de que do seu exercício advêm tensões com a administração pública. Interessante notar que esta Declaração revela, inclusive, a autocompreensão de que os magistrados possuem uma relevante missão na influência das políticas públicas de saúde.

Em 2011, o CNJ ainda publicou a Recomendação n. 36 que, inspirada na Recomendação n. 31, trouxe regramentos específicos para o julgamento de demandas envolvendo a saúde suplementar. Desse modo, ao estabelecer a importância de se oficializar a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a necessidade de se incluir representantes das operadoras de planos de saúde nos Comitês Estaduais de Saúde, o CNJ deu mais um passo na coordenação de estratégias judiciais para o tema.

Em termos de política judiciária de saúde, apesar de críticas e desafios, as medidas adotadas pelo CNJ constituem verdadeiros avanços institucionais do Judiciário. A necessidade de celeridade das decisões, a relação direta com o direito à vida e a complexidade do que significa tratamento e prevenção são elementos que diferenciam o direito à saúde dos demais direitos sociais, e a política judiciária de saúde tem procurado considerar isso.

Apesar do SUS caracterizar uma política consistente e sólida, com avanços incontestáveis, atualmente não consegue proporcionar a todos os cidadãos brasileiros cuidados universais e integrais de saúde. Por isso, é que a sociedade civil, por meio da atuação de órgãos como o Ministério Público está buscando cada vez mais auxílio para pleitear este direito por intermédio do Poder Judiciário.

A partir do momento em que o Estado não promover a satisfação espontânea do bem da vida à saúde, caracterizada está à lesão ao direito fundamental do indivíduo. Dessa forma, surge para o titular do direito a pretensão e em decorrência disto poderá valer-se do direito constitucional de ação para conseguir a reparação da lesão causada. Assim, Barroso assegura que:

“Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial.

[...]

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se

vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa”. (BARROSO, 2008, p.10)

É nesse sentido que a judicialização do direito à saúde, ou seja, determinadas questões de grande repercussão política ou social são decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais. (BARROSO, 2008)

O fenômeno da judicialização é recente no Brasil, peculiar do cenário jurídico que se instalou com a promulgação da Constituição de 1988 e, também pelos níveis de inclusão social estabelecidos em nosso país nas últimas décadas, o que facilitou uma maior participação da cidadania.

Tal fenômeno tem gerado controvérsias, principalmente quando o Poder Judiciário passa intervir nas políticas públicas, determinando que administração pública deva custear medicamentos e/ou tratamentos a determinado cidadão, mesmo que essas solicitações estejam fora dos protocolos do SUS.

A administração pública por vezes tenta se eximir das responsabilidades impostas tanto pela Constituição como pelo Judiciário, alegando que este não tem legitimidade para adentrar na esfera das políticas públicas e por consequência viola o Princípio da Separação dos Poderes (os poderes são autônomos, mas harmônicos entre si), e a Reserva do Possível (ausência de recursos).

Ocorre que grande número destes medicamentos ou tratamentos que não estão inseridos nos protocolos do SUS ou até mesmo registrados na ANVISA são de alto custo, dessa forma geram um grande impacto no orçamento público. Dados do Ministério da Saúde apontam que entre 2010 e 2014 os gastos com ações judiciais de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósito judiciais ultrapassaram a soma de R\$ 2,1 bilhões (PORTAL DA SAÚDE, 2015).

Sobre o tema, o ex-ministro Joaquim Barbosa admitiu que diante as limitações no orçamento, não se pode impor ao Estado arcar de forma ilimitada pela responsabilidade de tratamentos e medicamento. No entanto, para Barbosa, isso não pode ser usado como justificativa para desrespeitar um direito constitucional, garantia elementar ao direito a vida. (BALIARDO, 2013).

Outra questão que merece destaque no tocante a judicialização da saúde, refere-se ao limite entre direitos individuais e direitos coletivos. Nesta temática, há um ponto de conflito, pois as demandas judiciais acabam beneficiando o direito individual, prejudicando a coletividade e ocasionando significativos gastos aos cofres públicos, assim, o interesse individual se sobrepõe ao coletivo.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser levados em consideração e utilizados como critérios nas decisões dos magistrados (SARLET e FIGUEIREDO, 2008), de modo a estabelecer um equilíbrio entre o direito individual à saúde e o direito coletivo a saúde.

A judicialização é um processo relativamente recente, datado dos fins do século XIX. Como consequência da Revolução Francesa, iniciou-se a implementação da jurisdição única ou inafastabilidade da jurisdição e ampliação dos poderes dos juízes, considerando que o Procedimento Civil moderno, seguindo sua concepção original, primou pelo desaparecimento dos privilégios de classes. As ideias de liberdade e igualdade paulatinamente aproximaram a sociedade do Judiciário o único que poderia resolver um agravo ou proporcionar um direito ora não concretizado.

Tal movimento parecido trouxe a judicialização à evidência no Brasil, após a redemocratização trazida pela C/88. O legislador preconizou a dignidade humana, o acesso sem empecilhos à Justiça, a inafastabilidade da jurisdição e revigorou a importância do Judiciário, que se tornou o grande guardião das garantias e direitos humanos fundamentais e, literalmente, a última guarida para busca dessas prerrogativas.

A constitucionalização abrangente que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário, e para a legislação ordinária. De fato, é possível judicializar praticamente qualquer direito, pois nossa Carta Magna é extremamente abrangente. Todos os Direitos Humanos Fundamentais estão ali previstos, de modo que ameaças à sua proteção podem perfeitamente ser levadas ao Judiciário, pela inafastabilidade da jurisdição.

Algumas das grandes causas da expansão da judicialização, segundo Mendes, “é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo”. Ora, qualquer pretensão poderá sempre passar pelo controle difuso (a ser realizado por qualquer juiz) e pelo concentrado (levada em ação direta ao STF e podendo ser proposta por uma extensa lista de entidades prevista na CF). Esse fator propicia uma proximidade maior com a sociedade, com vários meios para interferir e modificar assuntos os mais diversos.

A Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Como

intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial, outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

4.1 EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Inicialmente, no que se refere a “tutela provisória”, vale salientar que o novo Código de Processo Civil dispõe de três técnicas processuais de tutela provisória, na qual busca aprimorar a eficácia da tutela principal a ser alcançada mediante o fornecimento que solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo.

Vale ressaltar que as tutelas provisórias têm em conjunto a finalidade de combater os riscos de dano derivado da espera advinda do final de um conflito submetido à solução judicial. As tutelas provisórias, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2015, p.792):

[...] representam provimentos imediatos que, de alguma forma, possam obviar ou minimizar os inconvenientes suportados pela parte que se acha numa situação de vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material (*fumus boni iuris*). Sem embargo de dispor de meios de convencimento para evidenciar, de plano, a superioridade de seu posicionamento em torno do objeto litigioso, o demandante, segundo procedimento comum, teria de se privar de sua usufruição, ou teria de correr o risco de vê-lo perecer, durante o aguardo da finalização do curso normal do processo (*periculum in mora*).

Dentre essas três técnicas de tutela provisória temos as medidas de urgência e antecipatórias, na qual se encontram direcionadas para evitar o perigo de dano que possa originar-se do tempo necessário para cumprimento de todas as etapas do devido processo legal.

As tutelas de urgência podem ser associadas à tutela de evidência, que possui como objetivo afastar o risco de dano econômico ou jurídico, bem como de impugnar a injustiça suportada pela parte que se vê sujeita a privar-se do respectivo benefício, tendo em vista a resistência do adversário, mesmo tendo a evidência de seu direito material.

A tutela de evidência esta presente no artigo 311, do novo Código de Processo Civil, na qual encontra-se voltada expressamente ao entendimento de que

a tutela de evidência independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, razão pela qual se diferencia da tutela de urgência.

Atualmente, as ações judiciais que versam sobre saúde da pessoa humana desafiam as tradicionais ações de obrigação de fazer. E inato ao ajuizamento dessas ações de conhecimento é o pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, para se evitar o perecimento do direito à vida e/ou saúde do indivíduo enfermo.

A tutela de urgência corresponde ao resultado rápido que a jurisdição, através do processo, não pode deixar de atingir em muitas e frequentes situações do cotidiano. Trata-se do gênero de tutela que se destina a evitar danos oriundos da demora da prestação jurisdicional, ou da necessidade existente, conforme a natureza do direito material protegido, de obter-se o pronunciamento jurisdicional antes do exaurimento da cognição, para que a prestação jurisdicional seja tempestiva e efetiva.

A tutela de urgência encontra-se em todos os livros do diploma processual, pois a necessidade de tutelar a urgência penetra os diversos ramos do processo civil. No processo de conhecimento, concedem-se decisões liminares antecipatórias que permitem a execução dos efeitos da decisão jurisdicional final de mérito, tendo-se execução e cognição simultâneas. Na execução, no processo junto aos tribunais e em todos os demais procedimentos, tem-se o perigo da demora sempre como elemento inerente ao trâmite.

A tutela jurisdicional terá natureza urgente quando cuidar das situações em que determinado pronunciamento jurisdicional necessitar ser proferido em curto período de tempo, através de cognição sumária, por meio de técnicas antecipatórias ou assecuratórias, dada a possibilidade de dano ao direito material envolvido.

A técnica pode ser deferida plenamente ou parcialmente em relação à totalidade do pedido. Nela, o juízo já antecipa uma posição inicial sobre o mérito. A antecipação gera provimento satisfatório, pois apressa a satisfação fática do pedido final de mérito, sendo requerida e deferida também como incidente junto à mesma demanda que pode vir a confirmar tal provimento.

A técnica cautelar e a técnica antecipatória são as mais importantes e utilizadas técnicas de urgência. Na verdade, quando se fala em técnica antecipatória esta se falando na medida que tutela a urgência de maneira suficiente generalizada pois já havia liminares concedidas em leis esparsas no passado, como, por exemplo,

nas ações de despejo e de reintegração de posse, as quais concedem desde já o bem da vida pleiteado em juízo ou parte dele.

O instituto constituído pela técnica antecipatória cria um incidente processual, normalmente havido no início do procedimento, embora a antecipação também possa ser concedida tanto no segundo grau de jurisdição 36 quanto junto aos tribunais superiores (STF, súmulas 634 e 635). A medida possibilita antecipar a satisfação do direito material no plano dos fatos, uma vez presentes os seus requisitos específicos. Segundo Zavascki (2000, p. 100):

É pressuposto indispensável ao deferimento da medida antecipatória, que o direito do autor seja verossímil e fundado em prova inequívoca, assim considerada a que, embora em juízo de cognição sumária, propicie convicção robusta sobre a verdade dos fatos; (...) É indispensável, ademais, a agregação de um dos seguintes pressupostos: receio de dano irreparável ou de difícil reparação (risco concreto, atual e grave, apto a prejudicar ou fazer perecer, no curso do processo, o direito afirmado pelo autor) ou abuso do direito de defesa (atos protelatórios praticados no processo) ou, ainda, manifesto propósito protelatório (atos ou omissões fora do processo, com repercussões negativas no regular andamento desse).

Sendo assim, os requisitos legais para a concessão da técnica antecipatória não são mais rígidos nem diferenciados dos requisitos necessários à concessão da medida cautelar. O CPC de 2015 exige apenas que haja probabilidade do direito alegado e que haja risco de dano em caso de não concessão da medida. Exige ainda que não haja risco de irreversibilidade em caso de concessão da medida, como já fazia o art. 273 do CPC de 1973. A reversibilidade da medida é requisito que decorre do fato de a tutela prestada como sua essência indica, não ser definitiva, pois caso seja irreversível a decisão tomada, tal característica levará à sua definitividade.

4.2 LEGITIMIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATUAR COMO ORGÃO FISCALIZADOR NO PROCESSO

Com a CF/88 e a implantação do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público ganhou novo status, tornando-se uma instituição de importância ímpar, já que lhe cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Não se deve pensar o Ministério Público como órgão atrelado ao Poder Judiciário, pois o seu raio de atuação é bem mais amplo que simples autor processual ou fiscal da lei dentro de um processo. Tornou-se cene buscar-se

o Ministério Público como uma espécie de ouvidor da sociedade, com vocação natural de receber reclamações contra os Poderes Públicos e tentar encontrar os meios administrativos para recompor o direito violado, seja formulando recomendações, seja celebrando termos de ajuste de condutas em que as autoridades comprometem-se, em prazo predeterminado, a agir ou deixar de agir, para que satisfaçam o interesse da coletividade.

De acordo com o art. 127 da CF/88, o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Quanto ao princípio da independência (autonomia funcional), o Ministério Público detém a qualidade de órgão independente no exercício de suas funções, gozando de plena autonomia, devendo, tão somente, prestar contas de seus atos à lei, às disposições constitucionais e à sua própria consciência.

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública para obrigar o Estado a fornecer medicamentos a portadores de doenças consideradas graves que não têm condições de pagar os remédios.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu (15/08/18), que o Ministério Público (MP) tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com o objetivo de buscar o fornecimento de medicamentos a portadores de determinadas doenças. Existem, no Poder Judiciário, 1.897 processos sobrestados aguardando a decisão do STF nesta matéria, que teve repercussão geral reconhecida.

O relator, ministro Marco Aurélio, votou pela legitimidade do MP e disse que o pedido protocolado pelo órgão em primeira instância foi abrangente, e não para apenas uma pessoa. “Na ocasião, o Ministério Público tinha legitimidade para representá-lo. A partir disso, vemos a singularidade que respalda a atuação do MP.

Para o ministro Alexandre de Moraes, “não há dúvidas sobre a legitimidade de o MP propor essas ações, uma vez que a Constituição é clara ao falar que incumbe também ao MP a defesa dos direitos individuais indisponíveis”.

O colegiado também falou sobre a judicialização da saúde, que se refere à busca ao Judiciário como a última alternativa para obtenção de medicamento ou tratamento pelo SUS. Para os ministros, isso é reflexo de um sistema de saúde deficitário que não consegue concretizar a contento a proteção desse direito

fundamental. Porém, a expansão da judicialização tem preocupado gestores e juristas, pois, sem critérios, pode conduzir a um desequilíbrio do orçamento, prejudicando políticas públicas já avançadas.

Uma população que há imensa desigualdade social, em que há dificuldade, o SUS veio para uma forma inclusiva. Há mais de 30 anos, o MP se organizou para defender um serviço público de saúde baseada em qualidade, acesso e disponibilização. O MP aparelhou-se para isso e age assim. A CF de 88 reconhece como um direito humano e não é assim na maioria dos países.

O Estado está na condição de ser mandado para atender o direito humano em relação à saúde, afirmando que a saúde deve ser prestada como um serviço de relevância pública. O MP tem a função de zelar pelo respeito dos poderes públicos e promovendo as garantias necessárias. O MP tem legitimidade para ajuizar ação civil pública.

A vantagem de o Ministério Público promover a ação civil pública se dá pelo fato de que este possui uma independência institucional e, além disso, certas atribuições funcionais que o isentam de custas e honorários em casos em que a demanda é improcedente.

A ação civil pública pode ter como objeto a tutela de direitos e interesses transindividuais, ou seja, daqueles sem titular determinado. Neste âmbito, entende-se que a legitimação concedida ao Ministério Público deve ser considerada de tal modo em que não haja restrições, agindo o órgão, portanto, de maneira ampla. Tal liberdade visa à tutela jurisdicional compatível com a natureza e magnitude da lesão ou ameaça aos bens e valores tutelados.

As solicitações de intervenção do Ministério Público para obtenção de medicamentos, exames, cirurgias e leitos no Sistema Único de Saúde aumentaram muito nos últimos anos. Hoje é constante, no cotidiano das Promotorias de Saúde Pública, o relato de pessoas apresentando reclamações por negativas de atendimento e de dispensação de fármacos e insumos variados, para tratamentos de saúde, como a demora na concessão de serviços ou precariedades variadas na assistência prestada.

Portanto, impedir o MP de adotar as providências indispensáveis em favor desses necessitados de prestação sanitária, na via cabível, para impor ao SUS o fornecimento de elemento material ou serviço de saúde devido, é se afastar da missão outorgada pelo caput do art. 127 da Constituição Federal, no que respeita ao

dever de velar pelos interesses individuais indisponíveis, dentre os quais, classicamente estão previstos a saúde e a vida do ser humano.

Entende-se que se tornou um verdadeiro desafio imposto, hoje, às instituições legitimadas para ações individuais e coletivas de saúde pública. Os caminhos mais razoáveis para o cumprimento de ambos os deveres direcionam-se para a adoção de iniciativas ministeriais que busquem a melhor organização do SUS. Investir nas demandas administrativas ou judiciais para provocar as gestões a aprimorarem seus serviços de regulação, e acesso também podem ser úteis para se evitar que o Ministério Público e o Poder Judiciário se constituam porta de entrada para fornecimento de ações e serviços públicos de saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reafirma-se a responsabilidade que o estado tem para com a sociedade o exercício de garantir que seus direitos sejam cumpridos de maneira correta e ágil. Promovendo o bem estar físico e emocional da sociedade.

Por ser um direito fundamental, a saúde é auto aplicável e de eficácia imediata. A efetividade dos direitos fundamentais apresenta-se como designação para o Estado em satisfazer as demandas sociais. O direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via do fornecimento de medicamentos, pois compreende políticas de maior abrangência, em especial as de prevenção e de promoção à saúde..

As políticas públicas são o principal meio para a realização do disposto no artigo 196 da Constituição, contudo, falta vontade política para a implantação de ações condizentes com a promoção da saúde. O Estado não pode eximir-se das suas obrigações relativas aos fornecimentos de medicamentos. Deve, pois, reorganizar a destinação das verbas públicas, priorizando sua aplicação em áreas que favoreçam o direito à vida.

Surgiu, a necessidade de o Estado não intervir apenas na esfera da liberdade individual, mas também propiciar um direito de participar do bem-estar social. A Constituição da República Federativa do Brasil, por meio do seu artigo 196, estabelece que o Estado tem o dever de zelar pela saúde da população, sendo este um dever garantido mediante políticas sociais e econômicas, visando à preservação do estado de saúde do cidadão. Preveem os dispositivos constitucionais (art 6, 23, II e 196) que a obrigação dos entes federativos, no que tange ao fornecimento de remédios, é solidária. Isso significa, e assim tem sido o entendimento jurisprudencial, que todos os entes estão coobrigados a fornecerem todos os tipos de medicamentos a quem deles necessitar, independente de qualquer lei, portaria ou outro ato normativo.

Assim como, em outras leis infraconstitucionais, o que se observa atualmente é o total descaso do Poder Público, que se omite frente à obrigação de fornecer medicamentos, o que faz com que as pessoas que deles necessitam se vejam obrigadas a recorrer ao Poder Judiciário, ajuizando ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, o qual é entendido pela jurisprudência como possível

mesmo em face da Fazenda Pública, desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Cabe ressaltar que não são legítimas as alegações dos entes federativos no que diz respeito à previsão orçamentária, sendo esta irrelevante diante da preservação de uma vida, e à necessidade de observância da lista de medicamentos do SUS, pois esta é extremamente restrita, não prevendo, por exemplo, quase nenhum remédio excepcional.

Mesmo com todos os argumentos apresentados nas contestações das Procuradorias, o que se vê, na prática forense, é a procedência de todas as ações de obrigação de fazer ajuizadas, e o deferimento da tutela antecipada, sendo reconhecido pelo Poder Judiciário o dever de o Estado fornecer medicamentos para todos aqueles que deles necessitem.

Todavia, mesmo com a disposição em seu favor, o jurisdicionado não consegue obter o medicamento necessário à manutenção da sua vida, pois o Poder Público raramente cumpre, de forma espontânea, a sentença. É necessário, portanto, que o interessado requeira e o magistrado preveja a aplicação de medidas coercitivas, de forma a tornar a condenação eficaz.

A primeira medida coercitiva utilizada é a multa diária, a qual incide para cada dia de descumprimento da sentença ou da tutela antecipada. Tal medida, em regra, tem sido insuficiente para o cumprimento da decisão, pois o Estado tem entendido como mais vantajoso o pagamento da multa, em detrimento do fornecimento do remédio pleiteado.

Desse modo, como forma de atender ao comando constitucional e de amenizar o sofrimento dos portadores de doenças crônicas, carecedores da atuação estatal para a obtenção do medicamento necessário à preservação de sua vida, deve haver uma melhor distribuição dos recursos voltados para a área da saúde.

Como incentivos as políticas públicas, reformulações na política nacional de medicamentos, devendo portanto, tais recursos ser dimensionados de modo a prover as necessidades da população, na forma que verificar ser a melhor e a mais compatível com o interesse público. Até porque a finalidade de um ato administrativo, ou seja, o efeito mediato que o ato administrativo busca é a satisfação do interesse público, sob pena do ato ser ilegal, por desvio de poder.

REFERÊNCIAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **A teoria da reserva do possível e as políticas públicas**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 01 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>>. Acesso em: 12 de setembro 2018.

BONFIM, J.R.A. ; MERCUCI, V. (Org.). **A construção da política de medicamentos**. São Paulo : Hucitec, Sobravime.1997

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2018.

_____. Ministério da Saúde. Central de Medicamentos. **Encontro Nacional de Assistência Farmacêutica e Política de Medicamentos**, 1.º, 1988, Brasília.

Relatório final. Brasília : CEME, 1987

_____. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANÇA, Socorro; FEITOSA, Leilyanne Brandão. **O papel e a função do Ministério Público de servir ao cidadão e à comunidade**. Fundação Demócrito Rocha. Universidade Aberta do Nordeste. Curso Controle Social das Contas Pública. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, **Teoria Geral das Obrigações**. 7 ed. Saraiva, São Paulo: 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A antecipação de tutela no direito à saúde: aspectos relevantes**. In: SCHWARTZ, Germano (org). A saúde sob os cuidados do direito. Passo Fundo: UPF, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. **A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana**. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 548.

MACHADO, Janaina Cassol. **A concretização do direito à saúde sob o viés do fornecimento de medicamentos não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais–RENAME**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edição020/Janaina_cassol.html. Acesso em: 20 de setembro 2018.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARTINEZ, Camille Montauray Monteiro de Barros. **A Responsabilidade Civil do Estado no Fornecimento de Medicamentos**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_2_2009/CamilleMontaurayMonteirodeBarrosMartinez.pdf.

MEDICI, A. C. **Judicialização, integralidade e financiamento da saúde**. Diagn. Tratamento. São Paulo, v. 15, n. 2, p. 81-86, 2010. Disponível em: . Acesso em: 15 de outubro de 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOCELIN, C. E. Demandas judiciais na saúde pública: **instrumentos para a efetivação do direito à saúde e/ou novos arranjos na gestão e organização do SUS**. Rev. gestão desenvolv. Contexto - GEDECON, Cruz Alta, v. 1, n. 1, p. 100-117, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão.** Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2018

Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/stj-fixa-regras-justica-concedermedicamento-nao-listado-sus>. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

SAAD, Renan Miguel. **Ato ilícito e a responsabilidade civil do estado:** doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **Acesso à justiça: Judicialização das políticas públicas de saúde: a relação tensional entre o político e o jurídico no acesso a efetivação de direitos fundamentais de saúde.** Florianópolis: Compedi, 2015.

SCHWARTZ, G. A; GLOECKNER, R. J. **A tutela antecipada no direito à saúde.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. 1. 56. ed. São Paulo: Forense, 2015.

VENTURA, Miriam. **Judicialização da saúde: a balança entre acesso e equidade. Artigo publicado no Portal do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde.** Disponível em http://www.cebes.org.br/default.asp?site_Acao=mostraPagina&paginaId=134&mNoti_Acao=mostraNoticia¬iciald=174 Acesso em 10.outubro.2018.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.