

# Artigos

---

# Parâmetros para o julgamento das demandas voltadas às políticas públicas de dispensação de medicamentos: retrospectiva da atuação do judiciário goiano e proposições para práticas constitucionalmente adequadas

---

MARINA AYRES FERREIRA LIMA BUENO  
SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo verificar o *modus operandi* e a existência de parâmetros para o julgamento pelo Judiciário goiano das demandas voltadas às políticas de dispensação de medicamentos gratuitos a quem deles necessitar. Objetiva-se, igualmente, um estudo para propositura de uma parametrização constitucionalmente adequada, em termos de *substantive due process of law*, para a tomada de decisões nas demandas sobre a questão. Partiu-se do exame das tendências de julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás perante a temática no período compreendido entre 2008 e 2017, por meio de análise eminentemente qualitativa de decisões, a partir de amostra coletada por critérios aleatórios de sentenças e acórdãos no site do citado tribunal. A principal conclusão a que se chegou a pesquisa foi a de que os magistrados e desembargadores goianos estão predispostos a deferir os pleitos formulados com essa finalidade em razão de uma compreensão do direito à saúde aprioristicamente remetido ao direito à vida, numa perspectiva de direito individual. Após a investigação da evolução legislativa e da identificação de boas práticas desenvolvidas em alguns tribunais, buscou-se a delimitação de passos a serem seguidos para a prolação de decisões mais críticas e problematizadoras da questão, considerando a adequação da mesma à tensionalidade constitucional intrínseca para o desenho das políticas públicas nesse setor, visando a preservar e fortalecer o caráter igualitário e voltado à justiça social dessas políticas.

**Palavras-chave:** Medicamentos. Saúde. Políticas públicas. Judicialização. Parametrização.

*STANDARDS FOR THE JUDGMENT OF DEMANDS ON PUBLIC POLICIES OF FREE MEDICATION SUPPLY:  
RETROSPECTIVE OF THE JUSTICE OF THE STATE OF GOIÁS AND PROPOSITIONS FOR GOOD PRACTICES*

**Abstract:** This paper aims to verify the *modus operandi* and the existence of standards for the judgment by the Justice of the state of Goiás of the demands focused on the policies of free medication supply for those who need it. This paper also intends to be a study for the proposition of a constitutionally adequate standardization, in terms of substantive due process of law, to make decisions about the demands on the issue. The trends in lawsuits of the Court of Justice of the State of Goiás, from the period between 2008 and 2017, were examined through an eminently qualitative analysis, based on a sample collected according to random criteria, of sentences searched on the web-

site of the mentioned court. The main conclusion was that the judges of the state of Goiás are predisposed to the approval of the lawsuits formulated with this requirement, for understanding the right to health firstly referred to the right to life, from an individual rights perspective. After the legal evolution research and the identification of good practices in some courts, a search was made to delimit the steps to be followed for a more critical and problematic decisions rendering of the question, such as the adequacy of the issue to its constitutional tension, in relation to the public policies in this field, with the goal to maintain and strength the attributes of equality and social justice of these public policies.

**Keywords:** Medicines. Health Care. Public policy. Judicialization. Parameterization.

## **Introdução**

O presente artigo partiu da percepção inicial, adquirida por meio da vivência profissional junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, de que os pedidos de fornecimento de medicamentos são examinados no contencioso judicial de um modo simplório, carente de análise mais ampla da repercussão dessa judicialização na própria política pública de saúde. A pesquisa toma como pressuposto, portanto, que o enfrentamento dessa questão demanda tratamento complexo, que extrapola tanto o domínio clássico dos “direitos individuais” (parâmetro a partir do qual a maioria dos juízos examina a matéria), quanto o campo exclusivo do Direito, requerendo a organização de uma procedimentalização interdisciplinar das tomadas de decisão sobre o tema.

Visando a testagem dessa percepção prévia, aqui tratada como hipótese, a metodologia de procedimento adotada na presente pesquisa principia com a análise qualitativa (apoiada por algumas incursões quantitativas) das decisões tomadas pelo Judiciário goiano acerca de ações movidas frente à negativa da Administração Pública em fornecer medicamentos a pacientes. Constituiu-se uma amostra de decisões por meio de critérios garantidores da aleatoriedade dos julgados selecionados, de modo que possam ser representativos das práticas decisórias do Judiciário goiano quanto ao tema, entre os anos de 2008 a 2017.

O pronto exame do material selecionado permitiu constatar que, na última década, as ações ajuizadas com o propósito de se obter o fornecimento gratuito de medicamentos tiveram, em sua grande maioria, êxito junto ao Judiciário.

Verificamos, na sequência, que as decisões do Judiciário goiano via de regra são marcadas por uma fundamentação superficial, prove-

niente, provavelmente, da visão do direito social fundamental da saúde como um direito prioritariamente individual, e de seu pano de fundo, a vida, como um valor absoluto (ou quase), já que é recorrente nos julgados fundamentar o deferimento do fornecimento dos medicamentos na exaltação da importância do direito à vida e, por conseguinte, do direito à dignidade.

Identificou-se que nos julgamentos, normalmente realizados na estreita via do mandado de segurança, que alguns pedidos de medicamentos são deferidos sem que, por exemplo, nada ou pouco se saiba cientificamente sobre a eficácia do fármaco pleiteado ou sobre a possibilidade de sua substituição por outro de efeitos similares, mas já dispensado pelo Sistema Único de Saúde, até porque, como antecipado, esses temas fogem do âmbito estrito do Direito (o que não é escusa para ignorá-los na jurisdição de questões complexas, mas acaba ocorrendo, sobretudo nas respostas às medidas liminares e de tutela antecipada).

Em face da fragilidade (do ponto de vista do tratamento do tema como política pública) dos fundamentos adotados pelo Judiciário estadual e pela grande repercussão que essas decisões têm causado no campo financeiro/orçamentário dos entes públicos (principalmente nos Municípios, que pelas regras constitucionais, são os que menos recursos recebem), é que a pesquisa, na sequência da investigação proposta, buscou delimitar parâmetros mínimos de cognição e verificação dos fundamentos fáticos e jurídicos que deveriam ser utilizados (como *substantive due process of law*) para todas as demandas judiciais referentes à concessão gratuita de medicamentos.

Para tal, realizou-se uma recapitulação da legislação federal, estadual e local sobre o tema, com foco numa hermenêutica *constitucionalmente adequada* desses marcos regulatórios.

Na sequência, focou-se no estudo das boas práticas adotadas por outros tribunais estaduais, o que resultou na conclusão, que será explicada no desenvolvimento, de que o melhor exemplo de atuação jurisdicional frente à judicialização da saúde pública vem do Estado do Rio Grande do Sul, que, *externa corporis*, elaborou, dentre outras ações, cartilha com parâmetros de atuação, destinada aos que buscam os medicamentos, e, *interna corporis*, traçou expectativas de caminhos a serem adotados tanto

pelos magistrados para julgar esse tipo de causa, como pelos profissionais da saúde que prescrevem os medicamentos.

Preparado o terreno para uma análise propositiva, com base em todo o material colhido e numa crítica hermenêutica das orientações e conclusões das Jornadas de Direito da Saúde realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, foi possível delinear a propositura de passos e requisitos procedimentais mínimos a serem observados pelos julgadores goianos quando defronte aos difíceis casos de colisão entre o direito à saúde e, eventualmente, à vida, dos que recorrem ao Judiciário, e a insuficiência financeira/orçamentária do ente público demandado, o que necessariamente influencia na saúde (e na vida) do restante da comunidade local.

Uma das conclusões principais da pesquisa consiste na avaliação de que o Judiciário deve tomar como parâmetro prioritário de análise uma hermenêutica das políticas públicas prefixadas pelos Poderes competentes, pois deles é a legitimidade para escolha e direcionamento dos gastos das verbas públicas, pois foram eleitos pelo povo para esse fim.

Deve, assim, partir de uma compreensão das normas em jogo como instrumentos reguladores de uma política pública complexa, abstenendo-se de uma leitura individualista que corriqueiramente acaba por isolar e focar em dispositivos específicos da regulação para neles fiar uma decisão que, em que pese atender a um direito individualmente considerado, não respeita o tratamento constitucionalmente adequado desses direitos.

Pergunta-se, por exemplo, a partir dessas constatações, qual o percentual de pessoas de classe média capazes de sustentar o gasto com certo medicamento, que obtêm judicialmente o fornecimento de remédio específico receitado pelo médico mesmo existindo medicamento equivalente na lista dos fornecidos pelo SUS, enquanto pessoas mais pobres, geralmente com menos capacidade de acesso ao Judiciário, acabam por não receber, em algumas situações, nem mesmo o tratamento básico, por falta de recursos? Em que medida o Judiciário, quando não analisa temas dessa natureza como política pública e analisa cada caso de modo isolado, acaba por prestar um paradoxal desserviço à justiça social, que é a meta das políticas sociais? Em alguma medida, o presente trabalho busca colaborar com estas inquietações.

## **Breve apresentação do estado da arte do debate sobre a judicialização de políticas públicas de distribuição de medicamentos no Brasil: algumas considerações preliminares**

Em busca de uma dialógica de desconstrução e reconstrução dos debates fundantes do tema a que nos propusemos tratar neste artigo, temos por necessário, antes de mais nada, abordar alguns dos argumentos e concepções frequentemente suscitados ou assimilados pelas partes nos processos levados ao Judiciário sobre a atuação do Estado na dispensação de medicamentos gratuitos à população.

O primeiro deles se refere ao direito social à saúde como direito fundamentado no princípio da dignidade humana, de responsabilidade solidária e concorrente entre os entes federados.

A inserção dos direitos sociais na Constituição Federal de 1998 como direitos fundamentais conferiu aos cidadãos o direito subjetivo de buscar perante o Estado determinadas prestações materiais, dentre elas a de receber os medicamentos que precisam para a manutenção ou restabelecimento de sua saúde (NOVELINO, 2014), o que, somado ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, obriga a intervenção do Judiciário, especialmente em razão de um comumente alegado “déficit democrático das instituições representativas e a constatação de omissões deliberativas por parte do legislador” (NOVELINO, 2014).

Segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, o atributo da solidariedade é extraído do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que prevê o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado. Esse fator, para muitos, lhe atribuiu a característica de direito a ser satisfeito sempre com o orçamento público, o que pode produzir exageros, pois a saúde é algo de definição complexa e nem todo tratamento médico é necessariamente um requisito fundamental e indispensável para a saúde, a merecer gasto público.

Outro aspecto importante na dissecação da temática saúde e fornecimento de medicamentos diz respeito aos seus subsídios, que são limitados. Segundo o artigo 31 da Lei nº 8.080/1990 “o orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com

a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias”.

Tem-se, pois, que o SUS é financiado pela seguridade social, mediante proposta do Ministério da Saúde, com participação de órgãos da previdência e assistência sociais.

A definição dos patamares mínimos a serem aplicados na área da saúde foi possível a partir da regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000, que alterou a redação dada ao artigo 198, §§ 1º a 3º, o que foi feito pela Lei Complementar nº 141/2012, que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 7.827/2012. Mas foram os artigos 19-M a 19-U inseridos na Lei Orgânica do SUS pela Lei nº 12.401/2011, que acabaram por suprir a lacuna legal outrora existente sobre a forma em que se daria a assistência terapêutica no SUS. Segundo Mariana Filchetiner, “consolidou-se, com isso, não somente uma série de conceitos legais, como se disciplinou, para além da assistência terapêutica de que trata o art. 6º, I, da própria Lei nº 8.080/90, o princípio da integralidade (ou diretriz do ‘atendimento integral’), previsto pelo art. 198, II, da CF” (FIGUEIREDO, 2015).

Pelo artigo 19-M, o fornecimento de medicamentos pelo Estado passou a depender da prescrição em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas pelos Protocolos Clínicos do SUS ou, supletivamente, nas Relações de Medicamentos (nacional, estadual e municipal) definidas em cada esfera federativa. O artigo 19-N da lei em destaque definiu o Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica como o documento que fixa, dentre outras medidas, critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde, o tratamento preconizado e os medicamentos apropriados.

Na sequência, o art. 19-O estabelece que:

Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários à assistência durante as diferentes fases de evolução da doença ou do agravo à saúde, fixando as chamadas linhas de cuidado de segunda escolha, para abranger as hipóteses de eventual perda da eficácia, desenvolvimento de intolerância ou reação adversa relevante ao tratamento inicialmente oferecido, conforme as condições pessoais do paciente.

E pelas disposições do artigo 19-T da Lei Orgânica do SUS, são expressamente proibidos, a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamentos, nacionais ou importados, experimentais, ou de uso não autorizado ou, ainda, não registrados pela ANVISA.

Prosseguindo, não se pode deixar de lado o papel ímpar que as políticas públicas possuem na questão em apreço, até mesmo porque, segundo o próprio legislador constituinte, são elas as responsáveis por garantir, tanto em seu campo social como econômico, a “redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” [grifo nosso].

É sobre esse ponto de vista que repousa o objeto deste trabalho: a busca pela solução parametrizada do conflito entre políticas públicas e o direito fundamental à saúde em relação à dispensação de medicamentos.

Sobre o conceito de política pública podemos tomar por referência inicial aquele de inspiração dworkiniana, elaborado por Jean Carlos Dias (2016) nos seguintes termos:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).

Os responsáveis pela elaboração das políticas públicas são os membros dos Poderes Legislativo e Executivo eleitos pela comunidade, sem qualquer participação do Poder Judiciário. Essa é a regra. Ao Judiciário cabe tão somente o controle de suas repercussões jurídicas e uma atuação mais ativa no caso de omissão dos legitimados ordinários, na busca por uma atuação hermeneuticamente adequada à própria política pública em seus nortes e parâmetros estabelecidos pelo Legislador, ou adequada à leitura coerente da política pública com a Constituição. Assim deveria ser. E isso pressupõe uma possibilidade de controle de constitucionalidade do desenho (*legal drafting*) das políticas públicas, sempre respeitando a discricionariedade legislativa frente às diretrizes constitucionais.

A questão é que a atuação do Judiciário no controle dos atos concreto de implementação das políticas públicas vem ocorrendo cada vez em maior escala, motivando, ao lado de outras causas, o debate sobre a



judicialização da saúde, menos como um problema de intervenção com repercussão geral no desenho legal dessas políticas, mas como um problema de intervenção massiva, porém atomizada e dispersa, nos atos de execução dessas políticas.

Para finalizar esses apontamentos iniciais que circundam o tema a que nos comprometemos a discutir há de se tecer considerações, ainda que simplificadas, sobre os institutos do mínimo existencial e da reserva do possível e sua repercussão nesse debate.

O primeiro deles tem origem no princípio da dignidade da pessoa e sustenta que todos têm o direito de ter do Estado o mínimo para a existência condigna. Seu maior destaque está em afastar o caráter meramente programático normalmente atribuído aos direitos sociais, pois, independentemente da atividade legislativa, assegura-se que as prestações englobadas no seu conceito tornam-se juridicamente exigíveis, independentemente de outros quejandos (BERNARDES; FERREIRA, 2016).

Em contraposição, tem-se a reserva do possível. Essa teoria, de origem alemã, provém da constatação de que as necessidades públicas são infinitas e estão sempre se renovando, enquanto os recursos são escassos, significando que a proteção aos direitos sociais prestacionais está condicionada aos limites orçamentários do Estado, salvo quando em jogo o mínimo existencial.

Assim, de acordo com essa teoria, objeções, inclusive de ordem econômica, eventualmente podem ser consideradas constitucionalmente válidas para justificar a impossibilidade de se prestar certas obrigações, desde que fidedignamente comprovadas e que não se esteja a tocar no mínimo existencial (BERNARDES; FERREIRA, 2016).

O problema que queremos abordar nessa pesquisa tangencia essas questões, mas, em nossa percepção, vai além, pois analisa as situações em que o mínimo existencial não está em jogo, mas em nome do direito à saúde se solicita do Estado o fornecimento de medicamentos fora das listas deferidas pela regulamentação do SUS.

Isso, com base numa visão de que, se diz respeito à saúde, pressupõe tratar de mínimo existencial e de questão relativa à vida, desconsiderando-se a necessidade de um tratamento igualitário da atuação promotora do direito à saúde por parte do Estado, e determinando-se a concessão do medicamento, independentemente das consequências or-

çamentárias e dos próprios prejuízos à coerência e caráter igualitário dessas políticas.

Em outras palavras, a preocupação desta pesquisa está na percepção da falta de devida problematização pelo Judiciário dos efeitos macro de sua intervenção nesse tipo de política. O Judiciário está a colaborar para melhorar a efetividade do direito à saúde no Brasil ou está esbulhando a atuação coerente do poder público nessa seara? Eis a questão.

### **O comportamento do Judiciário goiano a respeito dos conflitos envolvendo políticas públicas de distribuição de medicamentos: análise do período de 2008-2017**

Desenvolvemos, inicialmente, uma pesquisa documental no arsenal de decisões judiciais disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Selecionamos 5 (cinco) julgados para cada um dos 10 (dez) últimos anos que se passaram, ou seja, coletamos 50 (cinquenta) decisões entre sentenças e acórdãos desta Corte Estadual, proferidas entre 1º de junho de 2008 e 1º de junho de 2017.

Para a seleção de atos judiciais de primeiro grau, utilizamos os seguintes parâmetros:

(i) no local destinado à inserção do texto para procura, inserimos o descritor sentença medicamento; e

(ii) do resultado da busca, selecionamos 2 (dois) julgados, com intervalo de 5 (cinco) sentenças passíveis de serem pinçadas, atentando-nos, sempre, ao critério predefinido de não repetição do julgador e da comarca de origem.

Esse procedimento foi observado na seleção das sentenças proferidas entre os anos de 2009 e 2012. A partir de 2013 e até 2017, nesse processo seletivo escolhemos não 2 (duas), mas 3 (três) sentenças.

Especificamente sobre o ano de 2008, a seleção ficou limitada apenas aos acórdãos constantes do sítio do Tribunal de Justiça, em razão de nele poucas serem as sentenças compiladas nesse período, nenhuma delas contendo o parâmetro de busca previamente estabelecido.

No âmbito de segunda instância, esta foi a premissa de seleção:

(i) o critério de busca foi a palavra medicamento;

(ii) do resultado alcançado nos anos de 2008 a 2012, com exceção do regramento específico aplicado ao primeiro ano, separamos de forma aleatória 3 (três) acórdãos/decisões monocráticas entre cada 10 (dez) julgados selecionados, com fidelidade à regra de não eleição de mais de uma decisão proferida por um mesmo desembargador ou juiz de direito em substituição em segundo grau. Também, tentou-se manter certa paridade entre os órgãos de julgamento, o que não foi possível em decorrência de as três últimas Câmaras serem mais recentes se comparadas às demais, o que fez com que estas tivessem mais decisões escolhidas;

(iii) sob esse mesmo regramento, escolhemos 10 (dez) julgados da lavra deste Tribunal de Justiça datados entre 2013 e 2017, 2 (dois) para cada ano.

Do exame dessas decisões, 23 (vinte e três) sentenças e 27 (vinte e sete) acórdãos, lançados durante o interstício de 1 (uma) década, notamos uma evolução tanto nas teses de defesa apresentadas pela Administração, como nos argumentos adotados pelos magistrados, o que, entretanto, não autoriza a ilação de que estamos mais próximos de solucionar o problema decorrente da judicialização das políticas públicas de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público.

Longe disso, vimos que boa parte dos fundamentos apresentados pela Fazenda Pública para se esquivar do cumprimento das medidas necessárias ao resguardo do direito constitucional à saúde foi refutada pelo Judiciário goiano sem o aprofundamento recomendado, com base na considerada incontestada premissa de que é solidária e concorrente a responsabilidade dos entes federados nesse setor, bem como na tida por infalível fundamentação de que o direito à vida (e saúde é vida, nessa ótica) não pode ser confrontado nem ponderado por nenhum critério orçamentário ou administrativo. Em geral, nas sentenças constrói-se a imagem de um pujante direito à vida (como se todo pedido de medicamento fosse um caso de vida ou morte), contra um frio e calculista argumento orçamentário de defesa.

Igualmente, vislumbramos certa divergência entre os julgadores, relacionada à dispensabilidade ou não da prova da hipossuficiência do

paciente para o recebimento do fármaco do Poder Público, fator deveras comprometedor da uniformidade dos julgados goianos, mas que merece uma atenção, pois a hipossuficiência do paciente, sobretudo no caso de medicamentos fora das listas oficiais, deveria ser um requisito indispensável, se se quiser respeitar o caráter igualitário da política pública e não inverter a prioridade constitucionalmente adequada da política em questão.

Outra constatação diz respeito ao sucesso quase absoluto das demandas voltadas à busca de medicação gratuita. Em apenas 4 (quatro) das 50 (cinquenta) decisões selecionadas, o pedido foi indeferido, o que revela o dado estatístico de 92% (noventa e dois por cento) de êxito das ações ajuizadas e, conseqüentemente, da marcante intervenção do Judiciário na política pública de distribuição de medicamentos.

Também temos como digna de destaque a verificação de que no Tribunal não existem disparidades sobre a matéria entre os integrantes dos órgãos fracionários de julgamento, já que em todos os acórdãos selecionados houve unanimidade.

Identificamos também a marcante atuação do Ministério Público na seara da saúde pública, autor de 64% (sessenta e quatro por cento) das ações referentes aos julgados pesquisados. Aqui, fica a preocupação acerca do tratamento pulverizado dos problemas, sem um correspondente tratamento em ações de cunho coletivo, mas mesma intensidade.

Cabe também destacar que se observou uma grande variabilidade de caminhos argumentativos, denotando a necessidade de parametrização dos requisitos orientadores de tomada de decisão sobre essa temática.

Vale colacionar aqui um resumo dos argumentos principais adotados, tanto pela Administração Pública em sede de defesa, quanto pelo Judiciário, na fundamentação das decisões, nesses últimos dez anos, no Estado de Goiás:

No ano de 2008, a análise dos julgados coletados permitiu inferir que o Poder Público, quando demandado judicialmente, baseou sua defesa nestas alegações: **(i)** falta de prova pré-constituída sobre a hipossuficiência do paciente; **(ii)** atuação do Estado voltada à toda coletividade; observância do limite financeiro; e **(iii)** divisão de responsabilidades na Lei nº 8.080/1990. Já o Judiciário goiano, que em geral deferiu os pedidos, rebateu essas teses com as seguintes fundamentações: **(i)** des-

necessidade de prova sobre a hipossuficiência do postulante; **(ii)** caráter fundamental do direito à saúde, o que impediria a alegação da teoria da reserva do possível; **(iii)** solidariedade da obrigação entre os entes federados (arts. 6º, 196, 198, CF; arts. 152, 153, IX, CE; e lei do SUS); **(iv)** o relatório do médico do autor é suficiente à concessão do medicamento prescrito. Ademais, em um dos julgados de 2008 decidiu-se que a prescrição de genéricos não seria obrigatória e que o poder público deveria respeitar o critério médico de preterir os genéricos, contrariando a própria política pública a esse respeito.

No ano de 2009, as principais argumentações de defesa apresentadas pelo setor público foram as seguintes: **(i)** ilegitimidade passiva; **(ii)** necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário; **(iii)** medicamento prescrito não indicado para o tratamento da doença relatada; e **(iv)** medicamento não constante nas listas do SUS. Ademais, **(v)** continuou-se a suscitar a prova da hipossuficiência como requisito obrigatório à impetração. A resposta do Judiciário, em geral, deferindo os pedidos e não acatando os argumentos acima suscitados foi: **(i)** todos têm direito ao acesso igualitário à saúde; **(ii)** responsabilidade concorrente e solidária dos entes federados; **(iii)** desnecessidade de formação de litisconsórcio; e **(iv)** impossibilidade de bloqueio de valores do Poder Público e da fixação de multa diária pela inadimplência.

No ano de 2010, continuaram a ser alegadas em defesa, **(i)** a necessidade de chamamento da União para compor o polo passivo da impetração; **(ii)** a falta de prova pré-constituída, seja do ato coator, seja da eficiência do medicamento prescrito; e **(iii)** a aplicabilidade da teoria da reserva do possível. Observamos, como novidade, os seguintes questionamentos pelo poder público: **(iv)** a ilegitimidade do Ministério Público ante a falta de prova sobre a hipossuficiência do substituído; e **(v)** a existência de centros de tratamento no SUS, especializados na doença, que adotam procedimentos e medicamentos diferentes dos prescritos pelo médico do paciente. Quanto à fundamentação dos julgados, a inovação se referiu às seguintes temáticas: **(i)** previsão de repasse de recursos financeiros para o subsídio da saúde (arts. 31 e 32 da Lei nº 8.080/90); **(ii)** ausência de ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois a atuação do Judiciário estaria limitada ao controle da legalidade do ato administrativo; **(iii)** Estado como gestor do sistema único de saúde; **(iv)** dignidade da

pessoa como fundamento do direito à saúde; **(v)** deferimento do pedido, mas com permissão ao Poder Público para fornecer medicação genérica; **(vi)** ausência de competência do Executivo para analisar a conveniência e correção do medicamento prescrito, por tratar-se de ato médico; e **(vii)** legitimidade do Ministério Público independentemente da condição financeira do substituído.

As teses novas de defesa do poder público, sobre o fornecimento de medicamentos foram as seguintes em 2011: **(i)** responsabilidade dos CACONs (Portaria 2.439/GM/MS), de responsabilidade da União; **(ii)** ausência de interesse de agir por falta de requisição dos medicamentos perante os órgãos federais de saúde; **(iii)** intervenção do Judiciário como ato comprometedor do princípio da igualdade; e **(iv)** vedação à aquisição sem prévia consignação orçamentária. Já no tocante à fundamentação dos julgados, foram inovadoras as seguintes alegações: **(i)** reconhecimento da necessidade da prova da hipossuficiência para se buscar do Poder Público os medicamentos necessários ao tratamento de saúde; **(ii)** invocação da Súmula nº 429 do STF, para se afastar a tese de carência da ação por ausência de ato coator; **(iii)** não vinculação do médico à lista de medicamentos divulgada pelo Poder Administrativo; **(iv)** dever do Estado em articular junto à União a instalação de unidades do CACONs (art. 1º da Portaria 2.439 /GM/MS), cujo cadastramento pelo paciente sequer seria obrigatório; e **(v)** aplicação do princípio da máxima efetividade ao direito à saúde.

Em 2012, as novidades nas teses defensivas do poder público foram: **(i)** medicamento prescrito não satisfaz os requisitos do art. 60 da Portaria MS 2891/09; e **(ii)** necessidade de prova pericial. Na fundamentação das decisões analisadas na amostra, destacaram-se: **(i)** retorno à premissa da desnecessidade de comprovação da hipossuficiência; **(ii)** direito à vida e à saúde prevalece sobre qualquer outro; **(iii)** juízo de valor do julgador sobre as políticas públicas eleitas pelo administrador; e **(iv)** atuação do Judiciário como meio de implementação das políticas públicas constitucionais.

Já o ano de 2013 foi de significativas novidades no âmbito das argumentações oferecidas tanto pela Administração Pública como pelo Judiciário quanto ao tema em evidência. Novas teses de defesa apresentadas foram apresentadas: **(i)** interpretação equivocada das normas programáti-

cas como fator de violação ao princípio da isonomia; e **(ii)** competência do Executivo para a gestão da saúde pública e intervenção indevida do Judiciário. Também se observaram novos argumentos de fundamentação: **(i)** princípio da dignidade da pessoa se sobrepõe à reserva do possível, que necessita de prova, e ao princípio da igualdade; **(ii)** direito à saúde como direito social e constitutivo da seguridade social (arts. 6º, 23, II, 194 e 196 da CF); **(iii)** existência de programas de fornecimento de medicamentos não impede a impetração; **(iv)** atuação do Judiciário para equilibrar a situação entre pobres e ricos no campo da saúde – a submissão dos direitos positivos à vontade do Estado é que ocasionaria a ofensa à separação dos poderes, pois ficaria a cargo do Executivo o controle dos direitos individuais; **(v)** no Estado Democrático de Direito o mínimo existencial deve ser assegurado a todos; **(vi)** previsões contidas em portarias não se sobrepõem a direito constitucional; e **(vii)** necessidade da comprovação da hipossuficiência do paciente.

2014 foi um ano de pouca mudança na jurisprudência do Judiciário goiano no tocante ao tema medicamentos. Novas teses de defesa observadas: **(i)** ausência de interesse de agir decorrente de o SUS fornecer o medicamento postulado; e **(ii)** medicamento não registrado na ANVISA. A única inovação na fundamentação das decisões de deferimento dos pedidos foi: **(i)** indiferença de o medicamento receitado estar ou não incluído na RENAME e na RESME, pelo fato dessa exigência ser contrária ao direito à saúde.

Quanto aos processos analisados referentes ao ano de 2015, aparecem as seguintes novas teses da Administração Pública: **(i)** inobservância, pelo juízo de primeira instância, dos enunciados 13 e 18 do Conselho Nacional de Justiça; **(ii)** ausência de prescrição do medicamento pleiteado por médico do SUS; e **(iii)** competência da União para a especificação dos tratamentos e medicamentos fornecidos pelo SUS. Inovações nos julgados, em 2015: **(i)** possibilidade de prescrição por profissional da via privada, como resultante da interpretação da Portaria MS 1.554/13, art. 27; e **(ii)** desnecessidade de prova da hipossuficiência de recursos do paciente.

Já em 2016 apareceram as seguintes novas teses de defesa: **(i)** necessidade da prévia oitiva das Câmaras de Saúde; **(ii)** observância do rito da licitação e fixação de prazo razoável para a realização da imposição. As



argumentações inéditas nas amostras dos anos anteriores, observadas em 2016 são as seguintes: **(i)** câmara de saúde como órgão meramente consultivo; **(ii)** invocação da Súmula nº 35 do TJGO para afastar a tese de necessidade de o medicamento postulado estar incluído na RENAME; **(iii)** hipótese de dispensa da licitação, art. 24 da Lei nº 8.666/93, para afastar a necessidade de conceder prazo razoável à Administração Pública, após o deferimento em primeira instância; **(iv)** possibilidade do cumprimento da medida da forma menos onerosa ao Estado (Lei nº 9.787/99, art. 3º); e **(v)** possibilidade, por outro lado, de bloqueio de valores da Administração Pública, para provimento da medida. Nesse ano, chama atenção um dos julgados em que foi indeferido o medicamento em razão de a Câmara de Saúde ter afirmado que a competência para a dispensa do fármaco buscado seria do Estado e não do Município, entidade identificada como coatora no MS.

Por fim, no ano de 2017 observou-se uma única inovação no procedimento de defesa: **(i)** alegação da necessidade de oitiva da Câmara de Saúde antes da prolação do ato decisório. Também se observou uma única novidade na fundamentação das decisões examinadas: **(i)** determinação de renovação da prescrição do medicamento a cada 3 meses, por aplicação do Enunciado 2 da I Jornada de Saúde Pública do CNJ. Cabe destacar que, em 2017, em uma das sentenças, a ordem foi denegada, por falta de comprovação da alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS.

## **Marcos regulatórios da Política pública de distribuição de medicamento no período 2008-2017: âmbito federal e estadual**

Para que possamos dar uma resposta satisfatória ao questionamento referente à existência de alterações sensíveis sobre a regulamentação das políticas públicas de dispensação de medicamentos nos planos federal e estadual, nos últimos dez anos, primeiramente, devemos fazer um breve histórico sobre a constitucionalização do direito à saúde no país.

Antes da Constituição Federal de 1988, a saúde era objeto apenas de normas esparsas, especialmente voltadas à fixação de regras de competências legislativa e executiva entre os entes federados e à proteção



dos trabalhadores. Para que as mudanças em nível constitucional ocorressem, teve grande importância o Movimento da Reforma Sanitária, que propugnava o reconhecimento da saúde como um direito de cidadania, levando o Estado a se comprometer com a criação de um sistema nacional de saúde (FLEURY, 2016).

Estabelecido o marco constitucional de um sistema público e único de saúde, de acesso universal, vimos que da compreensão do artigo 196 da Carta Constitucional, três são os aspectos essenciais do direito à saúde, que extrapolam o simples conceito de ausência de doença, quais sejam: prevenção, promoção e cura, tendo o primeiro deles prioridade.

Por força da obrigação estabelecida pelo art. 197 da Constituição, de o Poder Público dispor, por meio de lei, sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e dos serviços de saúde, foram editadas a Lei nº 8.080/1990, responsável pela organização do Sistema Único de Saúde; a Lei nº 8.142/1990, que dispõe sobre a participação da sociedade e do controle social sobre as ações e os serviços de saúde, além de disciplinar a transferência de recursos; a Lei nº 9.656/1998 e a Lei nº 9.961/2000, que juntamente regulamentam a prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada.

Especificamente sobre o foco do presente trabalho, voltado à necessidade de fixação de parâmetros para o tratamento dos pedidos ao Judiciário nas atividades de dispersão de medicamentos, notamos que essa atribuição está incluída, juntamente com várias outras, no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), no artigo 6º, inciso I, alínea d, de sua Lei Orgânica (Lei nº 8.080/90), e, mais detalhadamente, entre seus artigos 19-M e 19-U, introduzidos pela Lei nº 12.401/2011.

Também não podemos deixar de lado o Decreto nº 7.508/2011, que em seus artigos 21 a 24 instituiu a Relação Nacional de Ações de Saúde (RENASES) e, nos artigos 25 a 29, regulamentou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), o que decorreu da Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria nº 3.916/1998, e, também, da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada em maio de 1998 pela Resolução nº 338/CNS/MS.

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do ano em curso - RENAME 2017, foi estabelecida pela Portaria nº 1.897/2017 do Ministério da Saúde e basicamente corresponde à atualização do elenco de

medicamentos e insumos da RENAME 2014, elaborada com observância aos princípios fundamentais do SUS da universalidade, equidade e integralidade, com a especificação dos medicamentos fornecidos por meio de políticas públicas e indicados para os tratamentos das doenças e agravos que acometem a população brasileira.

Verificamos que de grande valia foi também o detalhamento introduzido pela Portaria nº 204/2007 do Ministério da Saúde, que trouxe a definição dos Componentes Básicos, Estratégicos e Especializados da Assistência Farmacêutica.

A Portaria nº 1.555/2013 do Ministério da Saúde cuidou do Componente Básico, que destina-se à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da Atenção Básica à Saúde, sendo sua execução descentralizada e de responsabilidade compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Portaria nº 207/2004 do Ministério da Saúde tratou do Componente Estratégico, que se refere ao financiamento de ações de assistência farmacêutica de programas de saúde estratégicos em nível nacional, valendo citar, o controle da tuberculose, da malária, da dengue, entre outras doenças. Sua execução também é descentralizada, com responsabilidade normalmente compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

E, por fim, a Portaria nº 1.554/2013 dedicou-se ao Componente Especializado, destinado à aquisição de medicamentos que garantam a integralidade do tratamento medicamentoso, ocorrendo, via de regra, mediante pactuação entre os entes federados e tendo sua execução, de modo geral, a cargo dos Estados e do Distrito Federal.

Constatamos que essa repartição de competências não é inflexível, podendo ser modificada por autorização expressa do artigo 10 da Lei nº 8.080/1990 e também pela Lei Complementar nº 141/2012, o que normalmente ocorre mediante consórcios entre os entes federativos.

Verificamos, portanto, grande avanço na área legislativa federal no que se refere à temática em estudo, chegando à conclusão que não é todo e qualquer medicamento que o Poder Público tem o dever de dispensar, mas, essencialmente, os de interesse da saúde, prescritos em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas pelos Protocolos Clínicos do SUS, resultando dessa aparente limitação o grande número de demandas judiciais sobre a matéria.

Na esfera estadual, do mesmo modo, também constatamos melhorias no que se refere à dispensação de fármacos. Tal como ocorrido no âmbito nacional, o Estado de Goiás elaborou sua primeira edição da Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (RESME-GO) em 1998, via Portaria nº 3.042-GAB-SES-GO.

A segunda edição, editada pela Portaria nº 050/2006-GAB-SES-GO, teve como base a RENAME 2002 e a 14ª Lista Modelo de Medicamentos Essenciais da Organização Mundial da Saúde de 2005, com atenção prioritária às doenças de relevância no Estado de Goiás.

Na RESME-GO, segunda edição, os medicamentos foram divididos em três seções. A primeira delas, Seção A, sob o título Medicamentos de uso geral, listou os medicamentos que controlam manifestações gerais de doenças. A Seção B, denominada Medicamentos usados em doenças de órgãos e sistemas orgânicos, incluiu os fármacos que atuam em sistemas orgânicos específicos. E, por fim, a Seção C, intitulada de Outros medicamentos e produtos, contém medicamentos não contemplados nas listagens anteriores.

Tal como a RENAME, a RESME-GO foi clara ao dispor que contemplava as carências terapêuticas medicamentosas de diferentes níveis de atenção à saúde, mas não cobria todas as necessidades de terapia medicamentosa, priorizando o atendimento de doenças com impacto em saúde pública.

Contudo, no ano de 2013, via Portaria nº 283/2013-GAB-SES-GO, o Secretário de Estado da Saúde revogou as portarias anteriormente mencionadas para adotar, como lista de referência para a execução da Política Estadual de Assistência Farmacêutica, a própria Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e a Relação Estadual Complementar de Medicamentos, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

Por meio dessa mesma Portaria, vimos que foi constituída nova Comissão Estadual de Farmácia e Terapêutica, que tem como uma de suas atribuições, elaborar a Relação Estadual Complementar de Medicamentos.

Dessas explanações, observamos que o problema da judicialização da saúde não advém da ausência de regulamentação acerca da obrigação dos entes públicos na dispensação de medicamentos a quem deles vier a necessitar.

Com base nas ilações feitas no capítulo anterior, que dissecou o comportamento do Judiciário goiano nos últimos 10 (dez) anos, mais parece que as decisões sobre a questão têm sido fundamentadas basicamente na circunstância de o direito à saúde ser absoluto, sem o prévio exame da ilegalidade/inconstitucionalidade dessas normativas infraconstitucionais e administrativas.

### **Comparando a experiência goiana com a experiência brasileira: em busca de melhores práticas de atuação**

Como apresentado no tópico 2 deste artigo, percebemos na análise da amostra de julgados uma marcante predisposição ao deferimento do pedido na atuação dos magistrados goianos quando envolvidos em demandas que tratam, de um lado, sobre saúde e, conseqüentemente, sobre a vida de alguém, e, de outro, dos recursos de ordem econômica do ente escolhido para figurar em seu polo passivo.

No enfrentamento dessa questão, que é um dos exemplos mais marcantes do que a doutrina denomina de escolhas trágicas, quase sempre são desconsiderados os fatos de o medicamento prescrito estar incluído nas listas do SUS, de ser ou não registrado junto à Anvisa, e de o requerente possuir ou não condições de adquiri-lo.

Não obstante, talvez influenciado pela política atualmente desenvolvida em alguns poucos Estados do país ou pelas recomendações expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, o Ministério Público goiano, um dos maiores requerentes nas causas envolvendo a postulação de medicamentos no Estado, firmou com a Secretaria Estadual da Saúde um Termo de Cooperação, com o propósito de solucionar as demandas sobre saúde pela via administrativa.

Esse Termo de Cooperação Técnica (nº 001/2014/MPGP/CAO-SAÚDE) (GOIÁS, 2014), elaborado em 2014, com prazo de validade de 4 (quatro) anos, fixou parâmetros para a dispensação administrativa de medicamentos de alto custo às pessoas que venham a obter parecer favorável da Câmara de Avaliação Técnica de Saúde - CATS.

Por ele, a Secretaria de Estado da Saúde assumiu a obrigação de destinar R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais) anualmente

à questão<sup>1</sup>. E o Ministério Público, por sua vez, ficou responsável pela coordenação do CATS, via Centro de Apoio Operacional da Saúde (CAOSAÚDE), a quem compete avaliar os pedidos de fornecimento de medicamentos pelo seu corpo técnico, tendo como diretriz o exame de conveniência da dispensação dos fármacos de alto custo previstos nas tabelas de medicamentos excepcionais aprovados pela Anvisa.

Percebemos que nos últimos tempos as ações judiciais propostas pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual de pacientes em busca de medicamentos têm de fato vindo instruídas com o laudo do CATS, em sua maioria favorável à dispensação.

Entretanto, como a quantidade desta espécie de ação continua elevada, infere-se que o êxito da obtenção de medicamentos na via administrativa, aparentemente, não se mostrou significativo, sendo vários os motivos que justificam esse quadro, todos extraídos das peças de defesa apresentadas em juízo pelo Estado: (i) medicamento em processo de licitação; (ii) falta de recursos; (iii) medicamento não registrado na Anvisa; (iv) medicamento experimental ou não incluso nas listas do SUS; e, ainda, a (v) existência de outros similares previstos nas diretrizes e protocolos da doença a ser tratada.

No âmbito dos Tribunais Superiores, especificamente, no Supremo Tribunal Federal, órgão com competência para o exame de polêmicas constitucionais, a primeira tentativa para a redução/controle do fenômeno denominado de judicialização da saúde, ocorreu por meio do julgamento do STA 175<sup>2</sup>, em 17 de março de 2010.

Esse recurso foi o primeiro a ser enfrentado após a realização da Audiência Pública nº 4 pelo Supremo Tribunal Federal, sendo estas as conclusões do Relator, Ministro Gilmar Mendes, ora apresentadas em ordem de prioridade de cumprimento:

1) Constatando-se a existência de política pública que abranja a doença do postulante, a atuação do Judiciário somente poderá ocorrer nos casos de omissão ou de prestação ineficiente da Administração;

<sup>1</sup> O valor atual é bem superior ao inicialmente acordado, segundo informações do Promotor de Justiça Coordenador do CAOSAÚDE.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília, 17 de março de 2010. DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

2) Não havendo política pública, o julgador verificará se o fármaco está incluído nas listas do SUS; se não estiver, por não estar registrado na Anvisa, o pedido não obterá êxito; caso apenas não conste nas listagens do SUS, o magistrado deverá verificar se este não fornece medicamento equivalente, ao qual deverá dar prioridade;

3) Em sendo o medicamento experimental, o pedido deverá ser indeferido e

4) Para os tratamentos médicos ainda não dispensados pelo SUS, mas já fornecidos pelo sistema privado, o interessado deverá ajuizar demanda que possibilite a ampla dilação probatória, sendo reduzida a possibilidade de concessão de cautelares.

Nada obstante, essas premissas ou não foram seguidas ou foram relativizadas pela própria Corte Suprema, que vem deferindo, assim como os Tribunais inferiores, fármacos não inscritos na Anvisa e aqueles de alto custo.

Entre a realização dessa audiência pública, que resultou na aprovação da Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça<sup>3</sup> e o ano de 2017, em que grande era a expectativa da atuação do Supremo Tribunal Federal no tema da judicialização da saúde no país, com o julgamento em conjunto dos Recursos Extraordinários 466471 e 657718, as decisões sobre a temática continuam, via de regra, sem uma parametrização e sem a perspectiva de uma questão coletiva e de política pública.

Assim, a forçoso considerar que saúde, quanto pleiteada sem os devidos cuidados e parâmetros é vista “como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos” (LIMA, 2013), restando comprometido o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, tal como garantido na Constituição Federal, em nome de um acesso judicial.

Por outro lado, o Estado do Rio Grande do Sul vem alcançando experiência mais equilibrada e constitucionalmente adequada no campo da dispensação de medicamentos ao desenvolver uma “Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos com Foco na Saúde” (JFRS, 2015).

<sup>3</sup> **Recomendação 31/2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

Especificamente sobre o que tem relevância a este trabalho, destaca-se a criação da Rede Estadual – Projeto Medicamentos, baseada no entendimento de que o enfrentamento do problema depende da congregação de todos os envolvidos em torno dos pontos convergentes, não sendo a judicialização a melhor solução para todas as situações.

Compõem a Rede Estadual do Rio Grande do Sul os seguintes órgãos: Secretaria de Estado da Saúde, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Advocacia Geral da União - Procuradoria Regional da União/4ª Região, Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, Procuradoria Geral do Estado, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado, Programa de Qualificação em Gestão Pública, Secretaria Municipal de Saúde de Lajeado, Secretaria Municipal de Saúde de Rio Grande.

Como sugestões para a formação das redes municipais de medicamentos constatamos que foram delineados os seguintes passos (JFRS, 2015):

- 1) Fornecimento ao usuário, em uma única consulta, de todos os documentos necessários para a obtenção do medicamento constante nas listas de assistência farmacêutica;
- 2) Padronização do formulário de laudo médico nos casos de prescrição de medicamento não fornecido pelo SUS e
- 3) Exigência do documento de comprovação da negativa de fornecimento no âmbito administrativo.

Para as situações em que a procura do Judiciário se mostra inevitável, vimos que foram sugeridas a adoção do seguinte devido processamento (JFRS, 2015):

- 1) Propositura da demanda em desfavor do ente responsável pelo fornecimento do fármaco, segundo Lista Unificada de Medicamentos fornecidos pelo SUS (Município, Estado ou União);
- 2) Comprovação pelo usuário, sempre que possível, da solicitação e da negativa de fornecimento do medicamento na esfera administrativa e
- 3) Contato municipal e estadual de farmácias para certificação da indisponibilidade de dispensa do fármaco antes do bloqueio de valores.



Importante inovação igualmente identificada nesse documento foi a descrição da conduta a ser seguida pelos profissionais da saúde tanto para os casos de prescrição de medicamentos dispensados pelo SUS como para os não constantes em suas listagens.

Assim, como documentos necessários à instrução da petição inicial, a cartilha relaciona (JFRS, 2015):

**1)** Documentos básicos: cópia da Carteira de Identidade e do CPF; cópia do Cartão do SUS; cópia do comprovante de renda (familiar); cópia do comprovante de residência; declaração de pobreza (fornecida pela Defensoria Pública); e quando o pedido for para terceiros, procuração registrada em cartório ou termo de curatela e documentos pessoais do representante legal ou curador;

**2)** Documentos específicos:

**2.1)** Protocolo do pedido administrativo e histórico de fornecimento ou não fornecimento do medicamento – documento demonstrando desde quando o medicamento está em falta ou que ainda não foi liberado por estar em avaliação técnica;

**2.2)** Laudo médico original constando a doença e/ou diagnóstico (de forma extensa e com CID), o caráter de urgência (por escrito, obrigatoriamente), as consequências no caso de não se conseguir o medicamento/insumo, e/ou o risco de morte (somente quando for o caso), o nome da medicação (o nome da substância química, bem como o nome comercial);

**2.3)** Receita contendo o nome da medicação (substância química e comercial), a dosagem e a posologia (quantidade que deve ser usada – comprimidos, injeções, etc. – por dia e por mês), a sua periodicidade (uso contínuo ou por tempo determinado) e

**2.4)** Três orçamentos formais de farmácias diferentes (conforme a receita).

Para a atuação dos magistrados, foram tecidas as seguintes recomendações (JFRS, 2015):

**1)** A judicialização da saúde tem início com a negativa da Administração Pública em prestar a medicação prescrita ao paciente, o que tanto poderá decorrer da ineficiência da gestão – o medicamento está incluído nas listas do SUS, mas, por algum motivo, não é dispensado, ou



não o é no prazo adequado – ou da ausência de previsão legal, caso que, em tese, o gestor não teria a obrigatoriedade de fornecê-lo;

2) A solução administrativa é sempre a mais indicada, pois evita gastos com a utilização da via judicial;

3) Igualmente, para fins de efetividade das atividades e das políticas públicas voltadas para saúde, como também para os casos de ausência de previsão legal, é importante incentivar a construção conjunta de critérios para o atendimento inicial e para eventual judicialização, contribuindo para equidade no atendimento;

4) A criação das Câmaras Técnicas (CT) ou Núcleos de Apoio Técnico (NAT) tem papel importante na resolução do conflito, pois esses órgãos têm por objetivo principal auxiliar o magistrado no momento de analisar pedidos liminares ou de antecipação de tutela, informando se a postulação é adequada ou não para o tratamento da patologia apontada pelo requerente.

Assim como no Rio Grande do Sul, verificamos que o Distrito Federal e o Estado do Rio de Janeiro são outras unidades da Federação com atuações avançadas no setor da dispensação de fármacos à população carente, apesar de nenhuma delas superar o trabalho contínuo que vem sendo desenvolvido no Rio Grande do Sul, pelo menos do ponto de vista de divulgação das medidas adotadas e de uma clara preocupação em não permitir que o Judiciário atue na contramão da redução de desigualdade, que deve guiar também as políticas de saúde.

*Considerações finais: contribuições para uma parametrização para o substantive due process of law da questão das demandas por medicamentos*

Sem sombra de dúvidas, as boas práticas relatadas no capítulo préterito em muito contribuiriam para uma organização melhor da prestação jurisdicional goiana sobre o tema dispensação de medicamentos, já que podemos afirmar, com significativo grau de certeza, que o tratamento conferido ao assunto pelo Estado de Goiás, até 2016, seja em sua esfera Executiva, seja na Judicial, não está sendo eficaz do modo como poderia.

Essa circunstância sugere a relevância da busca por construção de uma parametrização dos procedimentos adotados para a tomada de decisão nessa seara (um *substantive due process*), sob pena de se atingir uma situação de contrassenso da atuação judicial com as políticas públicas existentes e de que apenas àqueles que têm condições de se socorrer perante o Judiciário tenham a possibilidade de alcançar suas pretensões.

Como detalhado anteriormente, esse assunto, via de regra, é daqueles que sempre coloca o magistrado frente à tormentosa questão de decidir entre a saúde/vida de uma pessoa, com todo o seu sofrimento relatado nos autos, e o respeito aos critérios predefinidos de uma política pública. Uma coisa é quando a Administração, arbitrariamente, nega o medicamento por erro e contrariedade à própria política pública estabelecida; outra diz respeito à negativa por coerência com os critérios igualitários definidos na política pública.

Em muitas ocasiões esquece-se que atrás do ente público demandado está a saúde/vida de tantos outros, ou seja, de toda a comunidade representada pelo ente público acionado, que poderá ser prejudicada com a destinação para uma única pessoa, que necessita de medicamento de alto custo, de verba pública que poderia ser direcionada à aquisição de medicamentos básicos para o abastecimento de toda uma região, por exemplo.

Do mesmo modo, muitas vezes nos olvidamos que o modo como o dinheiro público deve ser gasto depende das políticas públicas prioritárias, elaboradas e executadas por aqueles que elegemos para compor nosso Parlamento e Executivo, que fazem escolhas capazes de obrigar e que devem ser respeitadas também pelo Judiciário, salvo quando inconstitucionais. Ainda assim, é preciso saber fazer o controle de constitucionalidade, para que não se queira chamar de inconstitucional tudo aquilo que contraria nossa visão pessoal acerca do que seja justo e de como as coisas deveriam ser.

É exatamente esse ponto que este trabalho se propôs a abordar, traçando ou ao menos pontilhando um caminho capaz de garantir uma maior efetividade ao direito das pessoas hipossuficientes aos medicamentos que lhes forem prescritos, com a mínima interferência judicial, nunca deixando de lado a máxima de que investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.

Vimos que quando o Poder Judiciário é acionado, quase sempre prevalece a pretensão do solicitante, sendo a principal justificativa adotada pelos julgadores o posicionamento unânime de que a saúde é um direito de todos, relacionado ao bem maior vida, a ser prestado solidariamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Porém, é possível estabelecer uma parametrização mais eficiente em termos de resposta adequada à Constituição, nessa questão, visando não cair em um argumento que, de tão geral e genérico, pode fundamentar quase qualquer decisão nessa seara.

Os artigos da Constituição sobre o tema estabelecem ser dever do “Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle” da promoção do direito à saúde, e que as ações e serviços públicos de saúde “integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizados com base na “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”, “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” e na “participação da comunidade”.

Especificamente sobre o direito à assistência farmacêutica, temos como principais referências normativas os artigos 200, inciso I, da Constituição Federal; 6º, inciso I, alínea d, da Lei nº 8.080/1990; Lei nº 12.401/2011, que introduziu os já transcritos artigos 19-M a 19-U à Lei do SUS; Decreto nº 7.508/2011, que estruturou o SUS; Portaria nº 3.916/1998, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos; Resolução nº 338/2004, que aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica; e, por fim, a Portaria nº 204/2007, que estabeleceu os Blocos de Financiamento do SUS, entre os quais aquele destinado à Assistência Farmacêutica, integrado pelos Componentes Básico, Estratégico e Especializado.

Assim, não havendo responsabilidade solidária, mas, sim, subsidiária entre os entes federados quanto à obrigação no fornecimento de medicação aos necessitados e tendo a lei infraconstitucional fixado a competência de cada um deles, permitida sua modificação mediante consórcios, não há razão para deixar de se observar as regras de cunho administrativo sobre a matéria, o que em muito contribuirá para uma maior organização e eficiência dessa atividade.

Vale mencionar que o Recurso Extraordinário 855.178, julgado pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime de repercussão geral, que

reafirmou a jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados, ainda não transitou em julgado, estando pendente de julgamento embargos de declaração opostos pela União, em que se alega justamente a falta de conclusão no *leading case* STA 175-AgR sobre a responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao fornecimento de medicamentos.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, entendimento em sentido contrário:

em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havendo a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam (BARROSO, 2007).

Ao nosso ver, tal concepção, aliás, se alinha a uma das principais diretrizes do Sistema Único de Saúde, que é justamente a da subsidiariedade.

Ora, o fato de todos os entes da Federação serem responsáveis pela saúde pública e, especificamente, pela dispensação de medicamentos, não impede que pactos e acordos sejam feitos, que diretrizes administrativas sejam traçadas para que, em uma mesma região, não sejam todos os entes obrigados a dispensar os mesmos tratamentos e a fornecer os mesmos medicamentos a quem deles vier a necessitar.

Esta, portanto, é uma importante diretriz a quem necessitar percorrer o árduo caminho pela busca de medicamento: sempre que possível, a demanda deverá ser ajuizada contra o responsável por sua aquisição, de acordo com as normas previstas na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), de competência do Ministério da Saúde, e nas Relações Estaduais (RESME) e Municipais (REMUNE), caso existentes.

Propriamente sobre a atividade judicante, entendemos que os magistrados, diante da petição inicial de ação proposta com esse desiderato, deverão se ater às seguintes recomendações, algumas extraídas de julgados da Corte Suprema, outras das ações do Conselho Nacional de Justiça, e, por fim, outras dos modelos adotados nos Estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, referências no assunto:

1) Verificar a existência de prévio requerimento administrativo, evitando-se, assim, a judicialização desnecessária;

2) Constatar a hipossuficiência do postulante, o que deve ser feito com base no valor do fármaco almejado e não apenas com relação à sua situação financeira.

Por isso, é importante que a inicial esteja instruída com documentos probatórios dessa situação, tais como comprovante de renda e de gastos e orçamentos do medicamento pleiteado.

A circunstância de o direito à saúde ter de ser prestado pelo Estado, sem que tenham sido dispensadas dessa mesma obrigação as pessoas, as famílias, as empresas e a sociedade, tal como previsto no artigo 2º, §2º, da Lei nº 8.080/1990, corrobora esse posicionamento;

3) Verificar se a petição inicial encontra-se instruída com o relatório médico, indicando as normas farmacológicas e estabelecendo o diagnóstico da doença segundo a Classificação Internacional da Doença;

4) Antes de se analisar o pleito liminar, caso existente, e não tendo a ação sido proposta pelo Ministério Público Estadual na condição de substituto processual, situação em que a exordial terá vindo acompanhada de parecer conclusivo da Câmara de Avaliação Técnica de Saúde - CATS, o julgador deverá encaminhar os autos à Câmara de Saúde do Judiciário<sup>4</sup>, para a obtenção de subsídios técnicos para decidir (isso, não como uma faculdade do juízo, mas como uma obrigação para com o *devido processo*);

5) Sempre que possível, deverá ser previamente ouvido o gestor do Sistema Único de Saúde do ente acionado, com o objetivo de identificar a existência de alternativas terapêuticas ao caso sub judice;

6) Vislumbrar se o medicamento postulado está inserido em uma das listas do SUS, o que a princípio demonstrará que o insucesso do requerimento na via administrativa provavelmente adveio de falha de gestão, hipótese que afastaria por completo a tese de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, normalmente invocada pelo Estado em defesa;

7) Constatar a eficaz demonstração da imprescindibilidade do medicamento novo e da impossibilidade de sua substituição por fármaco incorporado pelo SUS, caso a ser discutido na via ordinária, em face da necessária e ampla dilação probatória;

<sup>4</sup> Constituída pelo Termo de Cooperação Técnica nº 001/2012.

**8)** Atestar se o medicamento prescrito está registrado na Agência de Vigilância Sanitária, pois incumbe ao Estado, de um modo geral, zelar pela saúde da população;

**9)** Optar por medicamento genérico ou similar, sempre que não houver estudo consistente da ineficiência deste e que a diferença de custo entre um e outro justificar a opção;

**10)** Designar, quando possível, audiência para a oitiva do médico quando houver dúvida sobre a eficácia, eficiência, segurança e o custo efetivo da prescrição;

**11)** Observar a vedação ao fornecimento de medicamento em fase experimental;

**12)** Certificar sobre a possibilidade de universalização igualitária entre potenciais usuários do medicamento, sob pena de ofensa ao comando do artigo 194 da Constituição Federal;

**13)** Aceitar a tese da reserva do possível quando efetivamente comprovada a indisponibilidade financeira do ente público para o custeio do medicamento e quando não ficar demonstrado que a ausência do medicamento produzirá grave risco à saúde do solicitante (notadamente nos casos de alternativas ao medicamento na lista de remédios disponíveis) e

**14)** Priorizar as ações preventivas e as que forem indispensáveis à vida do solicitante (a alteração dos critérios preestabelecidos na política pública deve ser justificada por uma demonstração cabal do risco à vida ou de dano importante à vida do paciente, não bastando meras alegações).

Vale mencionar que muitos desses parâmetros poderão vir a ser oficialmente estabelecidos com o julgamento dos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718, que têm como objeto o fornecimento de medicamentos de alto custo e os que não possuem registro na ANVISA.

## **Referências bibliográficas**

ASENSI, F. *Sistema único de saúde: Lei nº 8.080/1990 e legislação correlata*. Brasília: Alumnus, 2015.

ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADIN, A. S. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *CONJUR*, 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.

BARROSO, L. R. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 159-176 p.

BERNARDES, J. T.; FERREIRA, O. A. V. A. *Direito constitucional: teoria da constituição*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALHEIRO, A. F.; JÚNIOR, J. A. D. O. Publica Direito. *CONPE-DI*, 2012. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d38dd921e155207](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d38dd921e155207)>. Acesso em: 07 Setembro 2017.

DIAS, J. C. *O controle judicial de políticas públicas*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIGUEIREDO, M. F. *Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal de 1988; Lei nº 8.080/90; Lei nº 8.142/90; Decreto nº 7.508/2011 e Lei Complementar nº 141/2012*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FLEURY, S. *Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesse entre os usuários e as operadoras de planos de saúde*. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

*Parâmetros para o julgamento das demandas voltadas às políticas públicas de dispensação de medicamentos: retrospectiva da atuação do judiciário goiano e proposições para práticas constitucionalmente adequadas*

GOIÁS. *Termo de cooperação técnica 001/02014/MPGP/CAOSAÚDE*. Goiânia: [s.n.], 2014.

GOMES, J. A. *Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesse entre os usuários e as operadoras de planos de saúde*. Leme: J. H. Mizuno, 2016. 25-70 p.

GOMES, L. S.; MONTEIRO, P. M. *Publica Direito*. CONPEDI, 2012. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br/artigos/?cod= b06f50d1f89bd8b2](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b06f50d1f89bd8b2)>. Acesso em: 07 Setembro 2017.

JFRS. *Ação de planejamento e de gestão sistêmicos com foco na saúde. Otimização da rede de fornecimento de medicamentos*. JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2015. Disponível em: <[http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/Acao\\_de\\_Planejamento\\_e\\_de\\_Gestao\\_Sistemicos\\_com\\_Foco\\_na\\_Saude.PDF](http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/Acao_de_Planejamento_e_de_Gestao_Sistemicos_com_Foco_na_Saude.PDF)>. Acesso em: 22 Setembro 2017.

JÚNIOR, N. N. *Princípios do processo na constituição federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, R. S. D. F. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 237-253 p.

MAGALHÃES, B. B.; FERREIRA, V. R. *STF e os parâmetros para a judicialização da saúde*. JOTA, 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.

MELLO, C. A. B. D. *Eficácia das normas constitucionais e direiros sociais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, G. F.; CARNEIRO, R. A. *Gestão pública e direito municipal: tendências e desafios*. São Paulo: Saraiva, 2016. 387-406 e 476-486 p.

MOREIRA, P. D. S. *Entre princípios e políticas (policies): breve análise sobre a aplicação do direito à saúde à luz das ideias de Ronald Dworkin*. *Pu-*



*blica Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ff385c6e75c56b7>>. Acesso em: 07 Setembro 2017.

NETO, E. R. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

NOVELINO, M. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUNES, R. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 11. ed. São Paulo: Atual, 2015.

OHLAND, L. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. *Direito & Justiça*, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8857/6313>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.

OLSEN, A. P. Eficácia dos direitos fundamentais sociais frente a reserva do possível. *DSPACE*, 2017. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/>>. Acesso em: 12 Abril 2017.

PORTELA, P. H. G. *Direito internacional público e privado: Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 833-863 p.

PUPION, R. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 311-324 p.

RAMOS, E. D. S. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito, 2007.

SANTOS, S. C. D.; CARVALHO, M. A. F. *Mundo acadêmico e construção do conhecimento: normas e técnicas*. 3. ed. Goiânia: Kelps, 2016.

SCHULZE, C. J. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. *Revista da Doutrina*, 2014. Disponível em: <<http://revistadoutrina>.

*Parâmetros para o julgamento das demandas voltadas às políticas públicas de dispensação de medicamentos: retrospectiva da atuação do judiciário goiano e proposições para práticas constitucionalmente adequadas*

trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio\_Schulze.html > . Acesso em: 15 Setembro 2017.

SCHULZE, C. J. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO STF EM 2017. *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/stf-fixa-novos-parametros-para-a-judicializacao-da-saude>> . Acesso em: 22 Setembro 2017.

SCHULZE, C. J. A judiciação da saúde no STF em 2017. *Empório do Direito*, 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-judicializacao-da-saude-no-stf-em-2017>> . Acesso em: 22 Setembro 2017.

**Marina Ayres Ferreira Lima Bueno** - Especializada em Direito Processual Constitucional pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás e Analista Judicial junto ao Poder Judiciário do Estado de Goiás.

**Saulo de Oliveira Pinto Coelho** - Doutor em Direito pela UFG. Professor Efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFG.