



DIREITO À ESPERANÇA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro¹

Suzana Beatriz Sena Teixeira Colen²

RESUMO

Este artigo tem como marco teórico o trabalho coordenado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe intitulado “O Controle Judicial de Políticas Públicas” e foi elaborado a partir de pesquisa teórico-documental, com técnica dedutiva e fontes bibliográficas, legislativas, processuais e jurisprudenciais. O objetivo é ensejar uma reflexão acerca das críticas relativas à atuação do Poder Judiciário na concessão da medida requerida, a partir da análise de casos concretos nos quais o Poder Judiciário é acionado por portadores de doenças graves ou pelo Ministério Público para pleitear a concessão de medicamentos de alto custo, estejam eles ou não inseridos na lista de medicamentos aprovados pela Anvisa.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Medicamentos; Alto custo; Atuação; Judiciário; Concessão.

RIGHT TO HOPE AS AN EXISTENCIAL MINIMUM AND THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES REGARDING THE SUPPLY OF MEDICINES

ABSTRACT

This article has as theoretical framework the work coordinated by Ada Pellegrini Grinover and Kazuo Watanabe entitled "The Judicial Control of Public Policies" and was elaborated from theoretical-documentary research, with deductive technique and bibliographical, legislative, procedural and jurisprudential sources. The objective is to provide a reflection on the criticisms related to the Judiciary's role in granting the required measure, based on the analysis of concrete cases in which the Judiciary is activated by patients with serious diseases or by the Public Prosecution Service to seek the granting of medicines of high cost, whether or not they are included in the list of medicines approved by Anvisa.

Keywords: Public policy; Medicines; High cost; Acting; Judiciary; Concession.

¹ Pós-doutor pela Università Degli Studi di Messina-IT. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de graduação e Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara – Belo Horizonte-MG. Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG. Endereço postal: Rua General Dionísio Cerqueira, 147/302, Gutierrez, Belo Horizonte-MG. CEP: 30441-063. Endereço eletrônico: lgribeirobh@gmail.com

² Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduada em Direito Penal pelo CEAJUF. Graduada em direito pela PUC-MG. Endereço Postal: Rua Alvares Maciel, 628, Santa Efigênia, Belo Horizonte-MG. CEP: 30150-250. Endereço eletrônico: sutriz19@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas ganhou relevo a partir da transformação do Estado Absolutista em Estado Democrático de Direito.

Surgido como oposição ao absolutismo, o Estado Liberal fundou-se na separação, harmonia e independência entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tal qual descrito por Montesquieu em sua clássica obra **O Espírito das Leis**.

A independência entre os poderes, a par de representar corolário do Estado Liberal, marcaria um Estado de poder “dividido” e, via de consequência, menos capaz de interferir, ao menos imediatamente, na esfera das liberdades individuais. Outrossim, seu caráter legalista propiciou, sob esse aspecto, a preponderância do Poder Legislativo sobre os demais, donde decorreu a mitigação da esfera de atuação do Poder Judiciário.

O Estado Social, a seu turno, tem como principal objetivo, ao contrário, assegurar o bem comum, suprir as demandas decorrentes dos direitos fundamentais de cunho econômico e social. Decorre desse objetivo a necessidade de migração do Estado “mínimo”, caracterizado pelo equilíbrio entre seus poderes, para um Estado que transfere ao Poder Judiciário uma carga de poder maior em relação àquele atribuído aos demais poderes.

Essa predominância decorreria da própria Constituição Federal, que já em seu preâmbulo institui o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar os direitos sociais, individuais, a liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos.

A Constituição Federal, ainda, além de estabelecer de forma expressa como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II); a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III); e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), inseriu, no amplo rol de direitos e deveres individuais e coletivos, a submissão ao Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

A inserção desse conteúdo na norma constitucional viabilizou a transformação do Estado Social em Estado Democrático de Direito. As recorrentes demandas de pessoas portadoras de doenças graves ao Poder Judiciário em busca de tratamento hospitalar ou fornecimento de medicamentos de alto custo e o acolhimento dessas demandas através de imposição de ônus ao Estado são exemplos típicos dessa conformação de Estado.



A questão que, em verdade, diz respeito à judicialização de políticas públicas apresenta variadas nuances que serão analisadas neste artigo com base em casos concretos, através do cotejo entre doutrina, jurisprudência e pesquisa realizada *in loco* na 17ª Vara da Seção Judiciária Federal de Belo Horizonte.

O que se pretende demonstrar no artigo (que também se baseou no estudo de casos concretos), portanto, é que o verdadeiro direito discutido nas ações em que se requer o fornecimento de medicamentos é o direito à esperança e que as partes se valem do Poder Judiciário, de fato, como a *ultima ratio*, na busca pela efetivação desse direito. Trata-se, portanto, de busca pela efetivação de direitos sociais e, em última análise, da própria gestão do tema pelo Poder Judiciário.

A pesquisa é de cunho teórico-documental, com técnica dedutiva, para a qual foram utilizadas fontes bibliográficas, legislativas, processuais e jurisprudenciais.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL – O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Kazuo Watanabe, ao tratar do tema Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, discorre a respeito do caráter teleológico da Constituição Federal vigente.

Segundo o autor, a lei fundamental do Estado não mais se limitaria a definir competências e a organizar seus elementos essenciais, tal qual asseverou José Afonso da Silva, que definiu a Constituição do Estado nos seguintes termos:

[...]

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria então a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (SILVA, 2017, p. 38).

Segundo Watanabe, portanto, a lei fundamental num Estado Democrático de Direito, para além de estabelecer os elementos constitutivos do Estado – quais sejam: forma de Estado, forma e sistema de governo, modo de aquisição, distribuição, exercício e limitação de poder –, desempenharia uma orientação marcadamente teleológica.

Essa orientação voltar-se-ia não só à consecução dos objetivos fundamentais explicitados no artigo 3ª da Constituição Federal, como também à atribuição de concretude ao princípio regente



das relações institucionais da República Federativa do Brasil, qual seja, o da prevalência dos direitos humanos.

Esse caráter teleológico, que caracteriza a organização do Estado contemporâneo, também é marcado por uma significativa mudança de paradigma, na medida em que atribui ao Estado o dever de promoção do bem-estar social, conforme também defendido por Ada Pellegrini Grinover:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever de a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia. (GRINOVER, 2013, p. 126).

Diante desse cenário, se sob a perspectiva do Estado Liberal havia uma neutralização do Poder Judiciário, que se limitava a aplicar a lei ao caso concreto, sem se imiscuir no denominado mérito administrativo, no Estado Democrático de Direito a esse Poder cabe garantir o cumprimento dos objetivos fundamentais e dos princípios da República Federativa do Brasil estabelecidos na própria Constituição.

A atuação do Poder Judiciário, dentro desse contexto, ganha relevo, na medida em que lhe é dado analisar os atos estatais em cotejo permanente com os objetivos fundamentais da República Federativa.

Relativamente ao advento do Estado Democrático de Direito e ao *status* do Poder Judiciário, defende Lenio Luiz Streck, em consonância com a mudança de paradigma ora ressaltada, que:

Trata-se, enfim, de entender que o Estado Democrático de Direito exsurge de uma nova pactuação, com as especificidades próprias de cada país. Nesse contexto, a noção de Estado Democrático de Direito aparece como superador da noção de Estado Social. Ou seja, a noção de Estado Social dependia de mecanismos implementadores, razão pela qual o Direito apareceu (nos textos constitucionais) com a sua face transformadora. Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do *Welfare State*. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o polo de



tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.

É quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, passa a ser contestada por dois lados: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição. (STRECK, 2004, p. 167).

Submetem-se, portanto, ao crivo do Poder Judiciário – seja em decorrência do que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, seja em decorrência do fato de haver se constituído a República Federativa do Brasil sobre bases do que se definiu como um Estado Democrático de Direito – as ações estatais que devem ser dirigidas à implementação dos seus objetivos fundamentais, mediante políticas públicas.

Identifica-se como políticas públicas o conjunto dessas ações estatais, consistentes, segundo Jacob (2013, p. 242), no “estabelecimento de programas de longo, médio e curto prazos, sinergicamente organizados e voltados à concretização dos objetivos previstos na Constituição Federal.”

Segundo o mesmo autor, ainda:

[...] é indubitável que um Estado se forma pela conjugação de esforços dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. O papel de cada um deles no arranjo global é uma das questões mais interessantes e mais tormentosas da Ciência Política e do Direito na atualidade, sendo o ponto nodal desse debate saber qual a melhor forma de realização dos desígnios da Carta Política, quais serão o tempo e o custo necessário para isso, já que nem tudo está predefinido. Puseram-se os objetivos e as competências, cabendo ao povo, por seus representantes eleitos, a escolha do modo mais apropriado para seu atingimento, e ao Poder Judiciário – nesse arranjo, como guardião da Constituição, o controle dos demais Poderes. (JACOB, 2013, p. 242).

Diante do múnus atribuído ao Poder Judiciário, portanto, relativamente ao controle de constitucionalidade das políticas públicas e sob pena do referido Poder imiscuir-se na consecução dessas políticas, impondo ao Estado ônus desproporcionais e desarrazoados, é que a Doutrina e a Jurisprudência pátria, conforme será exposto, em uníssono, condicionaram sua atuação à observância de alguns limites e pressupostos.

3 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO A PARTIR DOS LIMITES IMPOSTOS PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA



O controle por parte do Poder Judiciário das políticas públicas foi chancelado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004), que, em consonância com os argumentos trazidos pelos doutrinadores pátrios, condicionou tal controle à observância de pressuposto e limites.

O pressuposto para tal atuação seria, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a inobservância pelo Poder Público do que denominou de mínimo existencial. No voto proferido no julgamento do RE 580.252, o Ministro Relator Teori Zavascki identificou como mínimo existencial “aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida”. (BRASIL, 2017, *online*).

Segundo Ada Pellegrini Grinover, ao identificar direitos como objetivos fundamentais do Estado, a Constituição Federal teria delimitado o que denominou de “núcleo central, ou núcleo duro”, que abrigaria em seu conteúdo “o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana” (GRINOVER, 2013, p. 132).

Assevera, ainda, a autora que:

É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos e implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa. O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei. (GRINOVER, 2013, p. 133).

Assim, somente estaria o Poder Judiciário autorizado a apreciar questões relacionadas às políticas públicas se, de antemão, o Estado de forma omissiva ou comissiva deixasse de assegurar o mínimo existencial à garantia da dignidade humana.

O controle judicial de políticas públicas, também conforme a doutrina e jurisprudência pátrias, estaria sujeito a alguns limites, quais sejam: razoabilidade e reserva do possível. Segundo Ada Pellegrini Grinover, “a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, que significaria, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins alcançados” (GRINOVER, 2013, p. 133).

Paulo Bonavides (2005), a seu turno, e após mencionar a advertência de Xavier Philippe, relativamente ao Princípio da Proporcionalidade, no sentido de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir, identificou elementos parciais desse princípio de modo a aclarar seu



entendimento. De conformidade com o doutrinador, o primeiro elemento que comporia o Princípio da Proporcionalidade seria a pertinência ou aptidão, assim compreendidos como a adequação, a conformidade ou a validade do fim.

Diante de uma situação fática real, portanto, caberia ao Poder Judiciário, após a verificação de que não foi assegurado, em determinada situação, o mínimo necessário ao resguardo da dignidade humana, indagar se a medida requerida ao judiciário é adequada à obtenção do fim pretendido. Outrossim, Bonavides evoca como elemento da proporcionalidade a necessidade, pelo que, diante da lesão ao mínimo existencial, também caberia ao Poder Judiciário indagar se o provimento pretendido é indispensável à consecução do fim pretendido.

Por último, para Bonavides, a proporcionalidade deve ser considerada por si, ou seja, cabe ao Judiciário afastar, de plano, qualquer meio à obtenção da tutela pretendida, que se mostre excessiva e injustificada. Em conclusão, afirma o doutrinador que:

A proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução. Apesar de seu emprego ainda recente no controle jurisdicional de constitucionalidade, acha-se ele, pelo dinamismo intrínseco com que opera, fadado por sem dúvida a expandir-se, ou seja, a deixar cada vez mais o espaço tradicional, porém estreito do Direito Administrativo, onde floresceu desde aquela máxima clássica de Jellinek de que “não se abatem pardais disparando canhões”, até chegar ao Direito Constitucional, cuja doutrina e jurisprudência já o consagraram. (BONAVIDES, 2005, p. 402).

Por fim, impõe-se como limite à judicialização das políticas públicas a reserva do possível, pelo que não seria razoável que o Judiciário impusesse ao Poder Público, em resposta ao provimento pretendido, a adoção de medida que em razão da exiguidade do tempo ou da ausência de disponibilidade financeira seria inexecutável.

Nesse aspecto, defendem os doutrinadores que não bastaria a simples alegação do Poder Público de que não possuiria os recursos necessários a dar efetividade ao provimento deferido, mas sim tal impossibilidade deveria ser comprovada.

A escusa ao cumprimento do provimento judicial pelo poder público sob a alegação de indisponibilidade financeira para tanto, segundo defendido por Ada Pellegrini Grinover, daria ensejo à dupla condenação da Administração, na medida em que:

Desse modo, frequentemente, a ‘reserva do possível’ pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer: a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação. O juiz deve ser responsável pelo controle do cumprimento de sua sentença e poderá, para tanto, servir-se do poder de sub-rogação em pessoas que



possam cuidar do cumprimento das obrigações que determinou. (GRINOVER, 2013, p. 138).

Analisada de forma genérica a atuação e os limites impostos ao Poder Judiciário relativamente à implementação de políticas públicas decorrentes da transformação do Estado Social em Estado Democrático de Direito, será proposto um estudo acerca da aplicabilidade e efetividade desses limites nas ações cujo objeto é o tratamento médico-hospitalar e o fornecimento de medicamentos.

4 OS MEDICAMENTOS, O PODER JUDICIÁRIO E A ESPERANÇA

A coleta de dados realizada na 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte, no mês de dezembro de 2017, relativamente aos processos que têm como objeto o fornecimento de medicamentos/tratamentos médico-hospitalares, evidenciou a seguinte realidade:

Quadro 1 – Identificação do universo de ações distribuídas para o Juízo da 17ª Vara Federal que têm como objeto tratamento médico-hospitalar ou fornecimento de medicamentos

Tipos de Ações	Total	Status
Ações Cíveis Públicas	4	▶ Em tramitação: 1 ▶ Tramitação Suspensa: 1 ▶ Grau de Recurso TRF/1ª Região: 2
Ações Ordinárias	113	▶ Em tramitação: 65 ▶ Remetidos a outro Juízo/Distribuição: 9 ▶ Tramitação Suspensa: 5 ▶ Grau de Recurso TRF/1ª Região: 24 ▶ Arquivados/Baixados: 10
Cumprimento de Sentença	1	▶ Arquivados/Baixados: 1
Execução Contra a Fazenda Pública	10	▶ Em tramitação: 10
Mandados de Segurança	4	▶ Em tramitação: 1 (eletrônico) ▶ Arquivados/Baixados: 2 ▶ TRF/1ª Região: 1

Fonte: Dados da pesquisa.

Possível constatar que, a despeito do número de demandas propostas, o teor delas se repete, desenvolvendo-se o enredo que lhes serve de pano de fundo, repetidamente, a partir dos mesmos fatos.

A análise *in loco* dos autos dos processos permitiu aferir que, de regra, a parte autora





apresenta uma patologia grave. Em significativo número de processos, essa patologia é o câncer, e o pedido autoral consiste na obtenção de medicamentos de alto custo, cuja aquisição seria inviável ao autor, que, diante dos elementos dos autos, é beneficiado com a gratuidade judiciária. Os medicamentos requeridos são indicados por relatórios médicos – coligidos aos autos – como imprescindíveis ao tratamento da doença e à manutenção da vida da parte autora.

O Estado não fornece os medicamentos basicamente por três razões: não contam com aprovação da Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; não constam na lista de medicamentos do SUS – Sistema Único de Saúde; ou, a despeito de preencherem esses dois requisitos, não se encontram disponíveis para a população, em razão de políticas públicas relacionadas à saúde.

Aquele juízo federal exige que figurem no polo passivo das ações dessa natureza todos os entes Federados, com fulcro no art. 23, II³, e 196⁴ da Constituição Federal. Em todos os casos, após a devida instrução dos autos com relatório de médico particular ou credenciado ao SUS e comprovada a urgência da medida, a tutela antecipada de urgência ou a liminar é deferida.

Não foi noticiado, em qualquer dos processos, o provimento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região dos agravos opostos por qualquer dos réus (União, Estado e Município) em face da decisão que antecipou a tutela ou deferiu a liminar.

Os entes federados, ao apresentarem suas contestações, alegam, em suma, o seguinte:

- a) Existência de outros medicamentos disponíveis no mercado para tratamento da doença que acomete o autor e que são fornecidos no âmbito do SUS;
- b) Haver obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos para tratamento de câncer pelos Planos de Saúde privados, por força das disposições contidas na Resolução Normativa – RN 338 de 21 de outubro de 2013⁵;

³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁵ Art. 19. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei 9.656/1998 [...]

XI – cobertura de quimioterapia oncológica ambulatorial, entendida como aquela baseada na administração de medicamentos para tratamento do câncer, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes (medicamentos empregados de forma associada aos quimioterápicos citostáticos com a finalidade de intensificar seu desempenho ou de atuar de forma sinérgica ao tratamento) que, independentemente da via de administração e da classe terapêutica, necessitem, conforme prescrição do médico assistente, ser administrados sob intervenção ou supervisão direta de profissionais de saúde dentro do estabelecimento de saúde.



- c) Submeter-se o autor a tratamento em instituição privada;
- d) Ser o tratamento oncológico fornecido pelo SUS através dos hospitais credenciados pela União, que deve atender o autor e dispensar-lhe o tratamento de que ele necessita. Através dessa política pública todos os medicamentos para tratamento de câncer são dispensados dentro da integralidade do tratamento fornecido pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia – CACON e Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON;
- e) Não haver o autor procurado nenhum hospital credenciado pelo SUS como CACON ou UNACON para obter a dispensação do tratamento, pelo que não lhe teria sido negado tratamento;
- f) Existir outro medicamento, com a mesma eficácia daquele objeto da ação;
- g) Cingir-se a competência da União à formulação de programas e normas gerais que dizem respeito à saúde, ficando a execução dos ditos programas aos Estados e Municípios;
- h) Realizar a União repasse de recursos para os Estados e Municípios dentro da previsão orçamentária e pelo regime de “fundo a fundo” a fim de fomentar as ações políticas que orientem a prestação do serviço de saúde;
- i) Necessidade de se considerar que as escolhas feitas pelo administrador, verdadeiramente trágicas quando pensamos na área de saúde, baseiam-se em restrições de ordem financeira (Reserva do Possível);
- j) Necessidade de observância do Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da CF), não cabendo ao Judiciário obrigar a Administração Pública Federal a aquisição e fornecimento de medicamentos;
- k) Não integrar a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais o medicamento pleiteado;
- l) Haver política pública de âmbito federal para o tratamento do câncer nos hospitais cadastrados (CACONS e UNACONS);
- m) Caber ao gestor estadual do SUS, por força da Portaria 2577/2006⁶ a dispensação de medicamentos excepcionais ou de alto custo.

As sentenças proferidas nos processos, após a realização de perícia médica por perito do Juízo, na área correlata à patologia informada, consignam três tipos de dispositivos.

Em aproximadamente 50% (cinquenta por cento) dos casos, é comunicado o óbito do autor no período compreendido entre 6 (seis) meses e 1 (um) ano da propositura da ação, donde decorre o reconhecimento da perda de interesse processual.

Os demais 50% (cinquenta por cento) têm desfechos variados. Parte dos pedidos é julgada procedente, após a ratificação da liminar concedida, sendo mantido o fornecimento do medicamento pleiteado, enquanto comprovada por relatório médico (perante a Administração Pública) a necessidade do medicamento.

Parte das ações é instruída com comunicação dos próprios autores acerca da perda da eficácia do medicamento, seja em razão do agravamento da doença, seja pelo êxito do tratamento, pelo que a procedência do pedido limita-se ao tempo em que apurada a eficácia dele pela perícia do Juízo.

⁶ Revogada pela Portaria 2.981/2009.



Também foi possível constatar, pela análise dos autos, que os autores, portadores de câncer, de regra, já se submetem a tratamento em CACONS⁷ e UNACONS⁸ e os relatórios médicos que instruem os autos são fornecidos por médicos que integram o próprio SUS.

Quando a patologia é diversa, os relatórios médicos fornecidos são detalhados e ratificados por perícia judicial.

Significativa parte dos processos é instruído com prova da negativa de fornecimento dos medicamentos pelas Secretarias do Estado de Saúde, e os Municípios, via de regra, não participam das práticas relacionadas ao fornecimento do medicamento, arcando tão-somente com os ônus processuais.

Os autores são, em sua maioria, pessoas que comprovam carência e se submetem a tratamentos no SUS, uma parcela diminuta deles é detentora de plano privado de saúde. De conformidade com as perícias médicas realizadas, os autores (quando resistem) respondem positivamente ao tratamento e são capazes de manter, com o medicamento requerido, certa “qualidade de vida”, suportando relativamente bem os efeitos colaterais dos tratamentos.

Diante desse panorama e considerando o significativo número de óbitos comunicados àquele Juízo durante o trâmite das ações, é possível constatar a real necessidade das medidas pleiteadas. Negar a esses jurisdicionados o fornecimento do tratamento indicado como imprescindível à manutenção de suas vidas seria negar-lhes, além do direito à própria vida, o direito à esperança, considerada na crença de que o Poder Judiciário possa fazer o papel negligenciado dos demais poderes no sentido de consagrar a possibilidade constitucional de viver com certa qualidade.

Para Ana Paula de Barcellos (*apud* GRINOVER, 2013, p. 126), “o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana.”

Nessa medida, o jurisdicionado acometido por uma grave doença, com risco de morte reconhecido por médico de sua confiança e sem recursos suficientes para arcar com os ônus de seu tratamento, preenche, sem sombra de dúvidas, o pressuposto inafastável para gozar do provimento judicial hábil à manutenção de sua vida, qual seja: o direito à esperança, como mínimo existencial.

Igualmente, ainda que se alegue a indisponibilidade de recursos hábeis a financiar os

⁷ Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia.

⁸ Unidades de Assistência de Alta Complexidade.



tratamentos deferidos, o volume de demandas dessa natureza, haja vista a dimensão continental do Brasil, torna inafastável o dever da Administração Pública de incluir em seu orçamento verba suficiente e plano de gestão adequado a arcar com os ônus que lhe foram impostos pela Constituição Federal.

Releva salientar, todavia, o teor de decisão proferida pelo Ministro Benedito Gonçalves, em 2017, nos autos do RESP 1657156-RJ⁹, no sentido de suspender, ressalvadas as medidas urgentes, o andamento dos processos que tinham por objeto o fornecimento de medicamentos individuais ou coletivos que versavam sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS – Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei 12.401/2008, donde decorreria impedimento à condenação do Estado em fornecê-los.

Poder-se-ia advertir que, no sentido do mais amplo direito fundamental à esperança, acaso fosse decidida a questão em sede de recurso repetitivo, no sentido de obstar o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, o Judiciário, ao negar vigência à própria Constituição, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e assegura como direitos fundamentais a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*) e a proibição à submissão do ser humano a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), comprometeria, e muito, o direito fundamental à esperança.

Todavia, a decisão proferida foi no seguinte teor, consoante o noticiado abaixo:

⁹ Eis, no que interessa, parcela do voto do Ministro: “[...] A questão controvertida encontra-se assim delimitada: **obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.577/2006 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)**. À guisa de atualização, faço constar que a referida Portaria n. 2.577/2006 já se encontra ab-rogada, tendo sido substituída, integralmente, pela Portaria n. 2.982, de 26 de novembro de 2009, remanescendo a situação fática e a questão controvertida. Por oportuno, solicito ao Colegiado, nos termos do já decidido no ProAfR no Recurso Especial n. 1.525.174/RS, da relatoria da Ministra Assusete Magalhães, autorização para afetar monocraticamente outros recursos que sejam remetidos pelas Cortes de origem, caso se verifique, em juízo prelibatório, que o presente não se encontra apto para julgamento da matéria discutida. Nesse sentido, e nos termos do art. 1.037 do CPC/2015, devem ser observadas as seguintes providências:

- (i) suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a questão ora afetada (art. 1.037, inciso II, do novel Código de Processo Civil);
- (ii) Comunicação aos senhores Ministros integrantes da Primeira Seção e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça;
- (iii) Após decorridos todos os prazos acima estipulados, abra-se vista ao Ministério Público Federal, pelo prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.038, inciso III e § 1º, do CPC/2015).” (Grifos em relação ao original). (BRASIL, 2017, *online*).



A Primeira Seção do STJ fixou tese acerca da obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- 1) 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;
- 2) Incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e
- 3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (BRASIL, 2018, *online*).

Ocorre que, inobstante tenha inicialmente provocado a suspensão da ações em curso no território nacional,

na ocasião, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 927, § 3º, do CPC, modulou os efeitos da decisão para considerar que ‘os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento’. Os processos sobrestados desde a afetação do tema, cadastrado no sistema dos repetitivos sob o número 106, não serão atingidos (BRASIL, 2018, *online*).

Houve, portanto, sob a ótica prognóstica e mediante o cumprimento de critérios, a consagração futura da direito dos cidadãos à esperança, embora a decisão não vinculasse processos até então em andamento. Assim, não obstante vivamos processos de idas e vindas quanto ao acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais (SILVA; CUNHA, 2017), a decisão é alento para a consagração do direito social à saúde e à própria esperança dos cidadãos e jurisdicionados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ainda controversa possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas ganhou relevo no iter entre a transformação do Estado Absolutista e o Estado Democrático de Direito.

Apesar de tal intromissão ser controversa, encontra respaldo no próprio texto constitucional, e foram construídos pela doutrina e ratificados pela jurisprudência pátria pressuposto e limites para essa atuação, quais sejam, respectivamente, necessidade de garantia do mínimo existencial e a razoabilidade e reserva do possível.

A busca por guarida judiciária nas demandas propostas por pessoas portadoras de doenças graves, em busca de tratamento hospitalar ou fornecimento de medicamentos de alto custo, e o acolhimento dessas demandas através de imposição de ônus ao Estado é uma questão



de ordem prática, que traduz classicamente a controvérsia.

Conforme exposto, para além de dizer respeito à judicialização de políticas públicas, a questão relativa ao fornecimento de medicamentos como forma de assegurar a própria vida apresenta variadas nuances.

A análise dos fatos, divorciada da teoria, através da pesquisa realizada *in loco* na 17ª Vara da Seção Judiciária Federal de Belo Horizonte evidenciou que o verdadeiro direito discutido nas ações em que se requer o fornecimento de medicamentos é o direito à esperança e que as partes se valem do Poder Judiciário, de fato, como a *ultima ratio* na busca pela efetivação desse direito.

Negar aos jurisdicionados o fornecimento do tratamento indicado como imprescindível à manutenção de suas vidas seria negar-lhes, portanto, além do direito à própria vida, o direito à esperança.

Outrossim, o volume de demandas dessa natureza, haja vista a dimensão continental do país, torna inafastável o dever da Administração Pública de incluir em seu orçamento verba suficiente e plano de gestão adequado a arcar com os ônus que lhe foram impostos pela Constituição Federal, não havendo falar, portanto, em ausência de razoabilidade ou em reserva do possível.

A ação judicial proposta para obtenção de tratamento médico é, em suma, uma demanda pela própria vida, pela dignidade da pessoa humana e que objetiva afastar a possibilidade de o ser humano ser tratado de forma desumana ou degradante; negar e desconsiderar tais fatos seria negar vigência à própria Constituição.

Nessa medida, o jurisdicionado acometido por uma grave doença, com risco de morte reconhecido por médico de sua confiança e sem recursos suficientes para arcar com o ônus de seu tratamento, preenche, sem sombra de dúvidas, todos os requisitos para obter do Poder Judiciário o provimento hábil à manutenção de sua vida, como mínimo existencial.

Adverte-se, portanto, o vício de inconstitucionalidade que poderá derivar de decisões do Poder Judiciário que venham a cercear o direito à esperança do cidadão à obtenção de meios que lhe proporcionem uma maior e melhor qualidade de vida. Não foi o caso, todavia, da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em abril do ano em curso.



REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29 abr. 2004. **Diário do Judiciário**, 4 maio 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1032099/RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 27 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28POL%CDTICAS+P%DABLICAS+CONTROLE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yarfb4h>> Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580252/MS**. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 16 fev. 2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28INDENIZA%C7%C3O+DANO+MORAL+PRES%CDDIO+POL%CDTICAS+P%DABLICAS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydy7dwmf>> Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7)**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgamento: 3 maio 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455650784/proposta-de-afetacao-no-recurso-especial-proafr-no-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-455650793?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Recurso Repetitivo** – Nova Tese. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/26-4-2018-2013-recurso-repetitivo-2013-nova-tese>. Acesso em: 25 jul. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125-150.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237-283.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 38.

SILVA, J. I. A. O.; CUNHA, Belinda Pereira da. Água, Democracia e a construção da cidadania: linhas para uma análise sociojurídica complexa. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 30, p. 269-291, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1114/684>. Acesso em: 25 jul. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do Direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.