

**O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO EM GARANTIR A SAÚDE:
O USO DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS**

**CONSTITUTIONAL DUTY OF STATE IN ENSURING HEALTH: THE
DRUG USE EXPERIMENTAL**

JANAÍNA MACHADO STURZA

Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos - Mestrado. Professora na graduação em Direito da Faculdade Dom Alberto.

MARCIANA BENDER

Acadêmica do curso de Direito na faculdade Dom Alberto - Santa Cruz do Sul/RS.

RESUMO

O presente texto tem por escopo dissertar sobre o dever do Estado, em razão da Constituição Federal de 1988, de garantir o direito à saúde. Primeiramente será feita uma apresentação acerca do direito à saúde como parte fundamental do direito à vida. Em seguida, será abordada a trajetória do direito à saúde nas Constituições Brasileiras anteriores à 1988, bem como, a demonstração sobre a importância do Sistema Único de Saúde. Após, será apresentado o conceito e possibilidades de utilização dos medicamentos experimentais. Nesta perspectiva, será realizado um breve estudo de caso jurisprudencial, através do método dedutivo. Assim, portanto, serão

apresentados julgados do tribunal de justiça do RS, no intento de verificar quais os posicionamentos acerca do dever do Estado em garantir a saúde, especialmente no que tange à utilização de medicamentos experimentais.

PALAVRAS-CHAVE: Dever do Estado; direito à saúde; medicamentos experimentais.

ABSTRACT

This text is to expound scope of the duty of the state, because of the 1988 Federal Constitution, to guarantee the right to health. First a presentation about the right to health as a fundamental part of the right to life will be. Then the trajectory of the right to health will be addressed in the Brazilian Constitutions prior to 1988 as well as the demonstration of the importance of the Unified Health System. Following will be presented the concept and possibilities of use of investigational medicinal products. In this perspective, there will be a brief study of jurisprudential case through the deductive method. So therefore, they will be presented judged the RS court of law, in an attempt to see which positions on the State's duty to ensure the health, especially regarding the use of experimental drugs.

KEYWORDS: State duty; right to health; experimental drugs.

INTRODUÇÃO

O Direito à saúde é um elemento dos direitos sociais, que têm como impulso o mérito da isonomia entre os seres. Em nosso Estado Brasileiro o referido direito meramente foi identificado na Constituição Federal de 1988, longe disso o Estado exclusivamente disponibilizava auxílio a saúde para obreiros com carteira assinada e suas procedências, os outros indivíduos obtinham acessibilidade à saúde como uma obrigação e nunca na qualidade de um direito.

Desse modo, com a implantação da Carta Magna de 1988, tem-se o propósito de determinar garantias a todas as pessoas, possibilitando para todos a oportunidade

de satisfazer os direitos a eles inerentes. Logo, evidenciou-se o abarcamento dos direitos sociais ao quadro dos direitos fundamentais.

Ademais, faz parte do direito a saúde a distribuição de medicamentos, mesmo que não há norma constitucional para que estes sejam distribuídos gratuitamente por conta do Poder Público, mas cabe a ele o suprimento dos medicamentos para todos que precisam, pois ao doente é assegurado o Direito Constitucional a Saúde.

Por derradeiro, analisa-se que a rejeição dos medicamentos é feita pelas Secretarias de Saúde no âmbito Municipal, à medida que é o órgão mais adjacente da comunidade. No entanto, recebem recurso dos Estados e da União, pois os Municípios, Estados e a União possuem capacidade solidaria no que tange a distribuição de fármaco a população.

Assim sendo, tem-se como objetivo a construção doutrinaria de um aporte referencial sobre o dever constitucional do Estado em garantir a efetivação do direito à saúde, bem como, referente à eficácia e utilização dos medicamentos experimentais.

Da mesma sorte, é notório que o Estado não pode se exonerar da sua responsabilidade no tocante ao abastecimento da medicação que se faz necessária, uma solução seria rever seu orçamento e destinar em primeiro lugar para a efetivação do direito à saúde, dando a real prioridade, ao favorecimento ao direito a vida.

De outra banda, surge o fenômeno judicialização da saúde, através da inconsistência adepta e medíocre do fornecimento de remédio gracioso, uma vez que, é nítida a insuficiência do sistema público que deveria garantir a saúde do brasileiro, assim como a distribuição de medicamentos essenciais fazendo com que as pessoas procurem as vias judiciais para poderem efetivar o seu tratamento médico, fazendo uso das liminares admitidas em juízo. Desse modo, está se transferindo a responsabilidade para o Poder Judiciário analisar de forma tangível os casos trazidos para serem julgados, pois o Poder Executivo não proporciona a efetivação do Direito a Saúde.

Sob este prisma, ocorreu um acelerado desenvolvimento das ações propostas judicialmente, da qual, o Estado está sendo submetido a facilitar algumas prestações de interesse individual como também na coletividade, pois o Poder Judiciário advém acolhendo a responsabilidade decisória na área da saúde pública.

Ademais, o SUS, se resguarda em oferecer medicamentos que não estão disponíveis em sua lista, como é o caso dos medicamentos experimentais, pois são medicamentos que ainda não passaram por testes clínicos e que não estão com a eficácia garantida, pois são criados em laboratórios baseados em estudos clínicos.

O direito à saúde se coloca na trajetória dos direitos sociais constitucionalmente abonados, trata-se de um direito público subjetivo indisponível garantido à generalidade das pessoas. No entanto, a demanda do fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo Estado se inclui, obviamente, no ângulo da proteção à saúde.

A carta magna não faz nenhuma distinção no que tange ao direito à saúde, juntando expressamente a ascensão universal, proteção e recuperação de saúde, nos âmbitos individual e genérico. Segue-se os limites traçados pela Organização Mundial de Saúde, portanto, a saúde se designa como o completo bem-estar físico da sociedade e não apenas como a ausência de doenças.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal começou a deliberar os fundamentos básicos e os métodos a serem seguidos para a permissão de medicamentos ou tratamentos de saúde não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A questão da “judicialização” da saúde já dura anos e ainda persistirá, em razão da contínua e a repetida omissão do Estado em, efetivamente, garantir a saúde digna dos cidadãos, sendo, portanto de extrema relevância o estudo e a discussão do tema para a sociedade como um todo. Dessa forma o presente estudo é de suma importância a todos aqueles que necessitam de medicamentos para sobreviverem, ademais se deve levar em consideração o posicionamento da suprema corte em afirmar que *não se deve confundir direito à saúde com direito à remédio*.

1. O DEVER DO ESTADO EM GARANTIR A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Toda coletividade necessita viver com dignidade e o Estado tem o dever de proporcionar a efetivação deste princípio constitucional. Nesta esteira, o direito a saúde faz parte do direito à vida com intuito de oferecer a cada membro da sociedade a garantia da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o jurista Luis Roberto Barroso (2009, p.10) nos diz que:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.

Os alicerces constitucionais da garantia do direito a saúde encontram-se no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, no entanto, são definidos como direitos sociais: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Sarlet (2001, p. 237-238), afirma que:

Essa questão da eficácia e aplicabilidade dos direitos constitucionais sociais não é objeto pacífico de discussão, dependendo de análise de cada situação concreta. Ressalte-se que, independente da forma de positivação, todas as normas de direitos fundamentais estão aptas a gerarem um mínimo de efeitos jurídicos, já que toda norma constitucional, conforme mencionado no dispositivo legal, possui eficácia e aplicabilidade. O grau de eficácia dos direitos fundamentais sociais, no entanto, dependerá da forma de positivação na constituição e das peculiaridades do seu objeto.

Realmente, no Brasil tem-se o problema quanto a falta de efetividade das normas constitucionais e sua inépcia de resignar-se a realidade na qual se vive. Portanto, é incontestável dizer que à vida é o bem mais precioso e relevante para todos os seres humanos. Sendo assim, o ser humano deve possuir o acesso ilimitado a saúde para que se possa aproveitá-la com qualidade, como também ter a sua disposição qualidades salubres para a sua sobrevivência. Desta maneira, o doutrinador Norberto Bobbio expõe o seu pensamento em relação aos direitos do homem:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (...) com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992. p.24-25.)

O autor ao expor seu pensamento, refere-se à maneira mais veraz de assegurar os direitos do homem, visando barrar a violação desses direitos. E sobre outra ótica, os direitos humanos devem ser protegidos e não deslindados. De outra sorte, José Afonso da Silva (2002, p. 285-286) retrata os direitos sociais como sendo:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Assim, cabe ressaltar que no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 consta o direito à saúde como direito social, onde, “[...] o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado”.

Neste norte, pertence ao Estado, União Federal, Estados Membros e Municípios, disponibilizar o acesso universal de toda a sociedade nas ações fundamentais propensa à consumação, assistência e regeneração da saúde. Como já foi descrito acima, que todos têm direito a saúde garantida na Constituição Federal de 1988, mas e quanto ao Sistema Único de Saúde?

Pois bem, o chamado SUS encontra-se elencado no artigo 200 da carta magna de 1988, eis que, é um procedimento que incumbe à rede pública de saúde que tem o escopo de fornecer o acesso à saúde de maneira gratuita pra todas as pessoas sem distinção.

Por derradeiro, há também a fragilidade do sistema público de saúde, adepto ao minguido quanto à distribuição de medicamentos gratuitos, provocando o evento da “judicialização da saúde”. Assim conceitua André da Silva Ordacgy (2007):

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

As atuais decisões judiciais estabelecem a distribuição de remédios e/ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, até em virtude da tutela antecipada, tem significado uma atitude humanitária quanto à vida e a saúde das pessoas em especial àquelas que não têm condições. Desta maneira, o Estado foi determinado a conceder gratuitamente remédios de alto preço que não se incluem na lista do SUS para àqueles que postulam.

Ademais, o fato de determinado medicamento e/ou tratamento não estar na lista do SUS não é desculpa para a não outorga dos mesmos. Porém, o que não pode ocorrer é da sociedade que necessita do remédio continuar esperando o desempenho do mecanismo do estado. Pois, se ficar aguardando por muito tempo, pode ser não mais viável a cura de sua enfermidade.

Todavia, também é razoável o estabelecimento de critérios e parâmetros, haja vista que todo o sistema (e a saúde de muitas outras pessoas) não pode ser colocado em risco em razão de medicamentos experimentais ou mesmo não autorizado pela ANVISA. É louvável a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Diante do exposto, cabe salientar que direito a saúde é considerado um direito fundamental que cada ser humano possui, uma vez que, não podem ser renunciados por falta de procedimentos ou até mesmo de medicamentos que garantem seu bem-estar e prolongam a sua existência. Percebe-se que o Estado passa por fases de esquecimento do conceito de saúde, pois a sociedade precisa ir a Justiça para que possa garantir o seu bem mais precioso, a vida. Assim sendo, a seguir tem-se o conceito de Saúde.

1.1 CONCEITO DE SAÚDE

Para conceituar-se o direito fundamental denominado saúde, temos que levar em conta todos os acontecimentos que ocorreram durante a história. No entanto, é sabido que esse conceito ampliava-se conforme as décadas iam se passando e que em cada instante a saúde era vista de forma diferente. Conforme Siqueira (2008) a conceituação começou no período industrial, onde se tinha duas correntes:

Uma representada por aqueles que viviam em condições miseráveis, e que compreendiam a saúde como diretamente dependente do meio ambiente, do trabalho, da alimentação e da moradia e a outra onde a descoberta dos germes causadores de doenças e seu subsequente isolamento, possibilitando a produção de remédios específicos, eram a favor da conceituação da saúde, como ausência de doenças.

A partir disso, nota-se que neste período histórico os doutrinadores classificavam a saúde de várias maneiras, entre elas, uma englobando o meio ambiente e a outra conceituando-a pelo afastamento da enfermidade. Assim nos ensina Siqueira (2008):

Foi após a segunda guerra mundial que a Organização das Nações Unidas, promoveu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, criando organismos especiais destinados a garantir alguns dos direitos, considerados essenciais aos homens, sendo que a "saúde" passou então a ser considerada como um dos "direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica", e passou a ser tratada, disciplinada pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Destarte que, uma saúde digna da sociedade depende de atividades realizadas pelo Estado, pois, é ele que tem a responsabilidade de beneficiar toda a coletividade com condições melhores na esfera da saúde. Bem como explicam Juliana Bedin Grando e Tiago Meyer Mendes (2014, pag.21):

Necessário ressaltar que o direito à saúde é um direito universal do indivíduo e não somente do cidadão na sua concepção mais clássica, uma vez que qualquer sujeito dentro do território de um Estado democrático de direito necessita ser beneficiado pelo atendimento a sua saúde. Isso ocorre por que a concepção de Estado de direito, ou Estado de lei, fundamenta-se nos direitos humanos e estes garantem o direito à vida, a sua preservação, como também, especificamente o direito à saúde.

No enquadramento dos direitos fundamentais, notadamente, quanto ao direito fundamental à saúde frisa-se a primordialidade da tutela proteção coletiva, que torna-se incontestável a prestação jurisdicional e sobretudo materializando-se o direito fundamental à saúde. Assim sendo, sobre a tutela jurisdicional coletiva tem-se a seguinte conclusão:

A tutela jurisdicional coletiva tem, em sua essência a efetivação de direitos em massa, além da economia que causa aos cofres públicos, sendo que a celeridade também é outra qualidade deste instrumento, que vem desenvolvendo-se a cada dia, buscando melhorias em seu exercício, para que possa realmente cumprir seu papel essencial que é o de prestar uma tutela jurisdicional célere e eficaz, aumentando a efetividade nas tutelas jurisdicionais. (SIQUEIRA, 2008)

Nesta esteira, o direito à saúde é um direito fundamental que deve ser assegurado de maneira ilimitada pelo Estado, portanto, ao garantir o referido direito à sociedade, o estado está desempenhando sua função, protegendo o bem maior profetizado na carta magna que é o bem da vida com dignidade do ser humano.

Quanto às limitações ao direito à saúde salienta-se que não são correlacionados em nosso ordenamento jurídico, pois a sua prestabilidade deve ser imediata, não tendo a possibilidade de qualquer fuga a este direito, com a penalidade de provocar o texto constitucional.

1.2 A TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL DE RECONHECIMENTO DA SAÚDE COMO DIREITO

A saúde nunca resultou em uma responsabilidade do Poder Público, uma vez que, a obrigação do Estado começa-se no século XX. Na República Federativa Do Brasil, no decorrer das Constituições Brasileiras citava-se o direito a saúde de maneira insuficiente antes da Constituição de 1934 e as consecutivas, portanto, a de 1988 foi à única que mais garantiu o Direito a saúde, bem como os outros Direitos Fundamentais e Sociais. Foi na Constituição de 1988 que o direito a saúde começou a ganhar destaque em uma posição de lei absoluta.

Ao longo da história, a comunidade esbarrou-se com a indispensabilidade da assistência dos direitos inerentes ao ser humano, percebendo que sem a custódia destes direitos, em tempo algum existiria uma sociedade justa, que fosse capaz de persistir ao longo dos tempos, sem demora, entendeu-se eminentemente que, deveria se resguardar um bem que deveria estar sobre os demais. Entretanto, que o análogo bem jurídico resguardado, carecia moldar-se de norte aos outros direitos consistentes no ordenamento jurídico, considerado este bem tão precioso, intitulado bem da vida, e vida com dignidade, e assim a dignidade da pessoa humana ganha importância,

repousada nas modificações sociais e nas reivindicações de uma coletividade que exigiu tal proteção.

1.3 A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O texto constitucional destinou aos indivíduos e ao Estado a incumbência de cautela com a saúde, no entanto, o Direito a Saúde encontra-se disposto no artigo 196 da Constituição Federal De 1988, onde se sistematiza que:

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.

Ademais, o direito a saúde é um princípio vasto e deve estar arrolado a outros requisitos, tais como, ao trabalho, a moradia, entre outros, pois são estes fatores que cedem proporcionando as pessoas uma desagradável qualidade de saúde. Assim Elisangela Santos de Moura (2013) enfatiza que:

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde figura entre os mais debatidos nos âmbitos acadêmico, doutrinário e judicial. Após a inserção desse direito na Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira tem se conscientizado que, efetivamente, é a destinatária final da proteção conferida pelo Estado. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 constitui-se marco histórico da proteção constitucional à saúde, de modo que, antes da sua promulgação, os serviços e ações de saúde eram destinados apenas a determinados grupos, os que poderiam de alguma forma, contribuir, ficando de fora as pessoas que não possuíam condições financeiras para custear os seus tratamentos de forma particular e os que não contribuía para a Previdência Social. Não obstante a proteção constitucional ao direito à saúde, a ausência de especificação do objeto desse direito e de definição dos princípios constitucionais relacionados à saúde tem dificultado a concretização desse direito fundamental.

Portanto, cabe o Estado por ser encarregada do alcance a saúde, a padronização, a supervisão da administração das atividades inerentes a saúde, desta maneira, vasta obtenção de remédios, por incluir a política sanitária introduz no âmbito da execução do direito à saúde.

O Estado encontra-se com muitos inconvenientes ao se tratar ao direito a saúde, entre eles, a ausência de recursos, desta maneira, o Estado atenta-se em refutar as enfermidades, mas não empenha-se em desenvolver um programa de saúde preventiva. Neste sentido, explica Dirceu Pereira Siqueira (2008):

Portanto, encontra-se consagrado no texto constitucional, o “direito à saúde”, como direito-dever do Estado, em prestar uma saúde digna, e eficaz a população, uma prestação que, acima de tudo atinge seu escopo de atender com dignidade a todos, fazendo prevalecer aquilo que há tempos o Legislador Constituinte já definiu, como “obrigação do Estado e direito da sociedade”, elevando a nível constitucional tal previsão, fazendo com isso que tal direito esteja dentre aqueles constitucionalmente consagrados, e que gozam da mais alta esfera jurídica.

Precisamente se esclarece que o texto constitucional de 1988 devassa em determinar cabalmente ao Estado, a responsabilidade tutelar a compostura dos indivíduos que habitam o país Brasileiro, inclusive sob a ótica do tema que se está sendo tratado, pertence ao Estado defender o Direito a saúde de todas as pessoas, eis que, ele é o único encarregado em amplificar políticas públicas que acolham, no que diz respeito, a definição que o legislador entende como obrigação. Nesta esteira, é o pensamento de Dirceu Pereira Siqueira (2008):

Assim, o direito à saúde, está constitucionalmente consagrado, e evidenciado no artigo 196 da Constituição de 1988, o qual está além de uma simples previsão constitucional, que visa atividade legiferante para propagação de efetivação de suas previsões, mas visa acima de tudo, à realização da nova ordem social, conforme previsto no texto constitucional, pelo disposto no artigo 196 da Constituição de 1988: “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 igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

A norma é clara e contundente, determina ao Estado o papel substancial de intervir, encarregando-se em promover políticas para impulsionar a idealização de uma contemporânea ordem social, tendo em vista o bem estar da coletividade que estão na jurisdição brasileira, objetivando inclusive o tratamento igual, deste modo, delega-se ao Estado o encargo basilar de operar sob o bem estar da sociedade. Conforme Siqueira (2008):

A Constituição de 1988, enquanto “Constituição dirigente”, não se limita a estipular no bojo de seu texto, como anteriormente salientado, não pode ser tida como um estatuto, mas deve atuar além, servindo como instrumento de governo, estipulando metas a serem realizadas pelo governo, sendo que assim, não pode se limitar a impor, mas deve atuar visando o cumprimento destas imposições.

Ao postergar efetivação do direito à saúde no Brasil evidencia-se não apenas uma desonra a Constituição Federal, e sim um descaso a uma nação inteira que tem direito a uma saúde virtuosa, pois a tributação é uma das mais altas, o orçamento reservado à saúde é uma das mais exorbitantes entre todos os outros, com base nisso remanesce-se a reflexão se o debate acomoda-se perante o falho emprego da verba pública, ante a carência orçamentária ou ainda sob a lei infraconstitucional regimentada de um jeito desacertado e análogo quanto ao princípio constitucional.

1.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O SUS foi criado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista o Direito a Saúde, portanto, além de ter a incumbência de realizar os serviços à saúde também se incluí a assistência farmacêutica. No entanto, não são poucos os pacientes que necessitam de um medicamento que não está incluído nas listas do Sistema Único de Saúde, ocorre que estes não têm dinheiro para comprar os próprios medicamentos. Entretanto, nota-se que exclusivamente permanecem sem o tratamento e sem o direito à saúde, que a eles é inerente, porém muitos vão ao Poder Judiciário procurar a extinção do desrespeito aos direitos fundamentais. Bem como esclarece Leandro Ferreira Ramos (2010):

Dessa mesma forma, muitas demandas são propostas no Judiciário buscando o fornecimento gratuito de um medicamento específico, que não fora fornecido pelo SUS. O Judiciário, na primeira instância, na maioria das vezes tem concedido o pedido liminarmente, tendo em vista a urgência do pedido, e determina ao Poder Executivo o fornecimento do medicamento. A partir da intervenção do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, surgiu uma discordância na doutrina. A primeira corrente entende que esse é um problema de políticas públicas e está fora da alçada do Judiciário, portanto não compete a ele intervir. A outra corrente é certa de que essa é uma violação a direitos fundamentais e compete ao Judiciário viabilizar o acesso aos direitos garantidos pela Constituição Federal.

No entanto, para um medicamento ser incorporado na lista do SUS, deve ser comprovado se há ele é eficaz, bem como se trazem segurança à população. Porém, se tratando de nível Federal, apenas são fornecidos medicamentos se constam na lista de fármaco essenciais, conceituados como basilares e fundamentais para se solucionar os problemas de saúde da comunidade em geral. Conforme menciona Ramos (2010):

A gestão do SUS é dividida entre as três esferas de governo, federal, estadual e municipal, cada um com suas atribuições e competências determinadas pela Lei 8.080/90. A exemplo disso, em 1993, o estado do Rio Grande do Sul editou a lei nº 9.908/93, que obrigava ao estado o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais para as pessoas desprovidas de recursos financeiros. Até então, o estado só era obrigado a fornecer os medicamentos essenciais constantes da lista de medicamentos estadual. Outro exemplo é a Lei Orgânica do Distrito Federal, que garante a assistência farmacêutica e o acesso da população aos medicamentos necessários à recuperação de sua saúde. Em 1996, foi editada a Lei 9.313, que tratava do fornecimento de medicamento aos portadores do HIV. Antes dessa lei, muitos pacientes não tiveram acesso ao tratamento e aos medicamentos necessários, e ingressaram na justiça em busca do direito à saúde. A lei 9.313/96 determina que o Estado distribua gratuitamente todos os medicamentos necessários ao tratamento da AIDS.

Como já é sabido, das muitas pessoas que tem o acesso ao SUS negado, nem todas buscam a intervenção do Poder judiciário, pelo motivo de não saberem de seus direitos, porém, os que mais procuram atendimento pelo SUS, são as pessoas que tem condições de suprir a própria necessidade, ocorre que, apesar de o Judiciário ter a obrigação de fornecer o acesso a todos, acolherá somente a demanda daqueles que atestarem que realmente não tem condições financeiras para adquirir os medicamentos, considerando a concepção do Supremo. De acordo com o Supremo em 2007, tem-se:

A norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, não garantindo situações individualizadas.

De acordo com a interpretação desse argumento, nota-se que o Supremo tem indeferido as demandas de remédios excepcionais, que constituem um valor amplo e

que não se encontram nas listas do SUS. Está-se diante de um sério problema, no qual o contraditório não se faz presente e nem mesmo é respeitado.

Como muito se houve falar em meios de comunicação, a respeito da Intervenção do Poder Judiciário nas políticas de medicamentos, o magistrado só pode propiciar a antecipação de tutela se o pedido for fundado em um dano difícil de ser remediável, porém tem se concedido essa liminar pelos magistrados em caso de difícil reparação de saúde, traumas inconversíveis, bem como em perigo de lesão aos necessitados. Conforme menciona Ramos (2010):

A partir dessa discussão, não age equivocadamente o juiz que concede antecipação de tutela numa ação visando ao fornecimento de medicamentos cuja necessidade se fundamente nos direitos fundamentais da pessoa humana: vida, dignidade e saúde, desde que presentes todos os requisitos previstos na lei, e seja caso de afastamento do requisito da reversibilidade do provimento. Entretanto, em 2007 surgiu um precedente em que o Supremo Tribunal Federal suspendeu uma antecipação de tutela baseado na Lei 8.437/92, que autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. No caso, a Ministra Presidente Ellen Gracie entendeu que configurava lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afetava o já abalado sistema público de saúde. A partir de então, o STF concedeu outros pedidos de suspensão de liminar, tutela antecipada e segurança, baseados no mesmo fundamento.

Em se tratando da teoria da reserva do possível, é a que fundamenta o não oferecimento de muitos medicamentos pelo SUS, uma vez que, o Administrador Público usa essa teoria para justificar a incompetência ou negligência para não socorrer todos os que precisam de tratamentos especiais. Portanto, as pessoas mais humildes são as que mais padecem, pois não conseguem enxergar onde está sendo aplicada a verba que tem destinação específica a políticas públicas, no caso aqui, a saúde. Porém, o Administrador Público usa como um meio a teoria do possível para explicar a falta de recurso. Dessa forma, cabe mencionar que os medicamentos experimentais também sofrem tipo de pré-conceito, pois os medicamentos também se encontram dentro das atividades em que o ente deveria prover nas políticas públicas. Posto isso, segue o próximo capítulo a respeito dos medicamentos experimentais.

2. CONCEITOS GERAIS ACERCA DOS MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS E SUA UTILIZAÇÃO

Os medicamentos para alguns não são considerados experimentais, bem como, há comprovação científica de que produzem seus efeitos. Porém, o que não pode acontecer é a majoração do valor desses medicamentos comprovar a isenção, pelo Sistema Único de Saúde, nem a angustia e o sofrimento àquele que está afetado com o dano que a doença traz.

Em 2014 a Organização Mundial de Saúde resolveu liberar medicamentos experimentais para o Japão, tendo em vista o surto da doença Ebola pelo país, pois decidiu-se não perder nenhuma chance de recuperação. Contudo, não há terapia contra a ebola, ocorre que há uma proliferação do vírus muito ampla pela África Ocidental e deste modo a OMS legitimou a aplicação de tratamentos contra o vírus.

Entretanto, a OMS chegou à conclusão de que o fornecimento de medicamentos ou tratamentos não autenticados, dos quais, não se tem a eficiência reconhecida, é ético para o fim preventivo. Conforme a Redação época (2014) tem-se que:

A decisão foi tomada depois de um encontro, realizado em Genebra, na Suíça, com especialistas de todo o mundo para discutir se é certo aprovar o uso de medicamentos que nunca foram testados em humanos. Alguns críticos afirmaram que, ao liberar os tratamentos potencialmente prejudiciais (já que não se conhece sua eficácia), a OMS colocaria em risco parte da população mais pobre do mundo. Mas prevaleceu a voz dos que defenderam que, diante da disseminação da epidemia, não se pode descartar qualquer chance de tratamento e de cura.

Portanto, nota-se que as divergências existem entre o uso ou não dos tratamentos e medicamentos experimentais, mas se a última esperança do ser humano em obter a cura sobre determinada doença com essa substância, questiona-se o motivo de não a fornecer, levando-se em conta que o Direito a Vida é um Direito Fundamental que se encontra inserido na Constituição Federal de 1988.

Então, no meio de tantas argumentações surge a seguinte dúvida: mas o que falta para ANVISA liberar uma substância? Pois bem, o processo é longo a começar comprovação da eficácia e ameaça para a saúde. Depois deve ocorrer a experiência em humanos, porém é possível apenas o estudo de clínico para os medicamentos que ainda não tenha no mercado. Após, a ANVISA aprecia a qualidade do composto, a

partir do momento em que é autorizado o registro, precisa-se de 5 anos para que o medicamento seja lançado no mercado. Por fim, o preço máximo deve ser autorizado pela ANVISA. No entanto, cabe saber quem deverá custear os medicamentos experimentais, a saúde privada ou a saúde pública? Em breve, segue a quem é delegado o custeamento desses medicamentos, bem como, os tratamentos experimentais.

2.1 PLANO DE SAÚDE E A ABSTENÇÃO NO CUSTEAMENTO DOS TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS

Naturalmente se encontram pacientes que tenham sido contestados pelo próprio Plano de Saúde quanto ao cobrimento de tratamentos experimentais, como também os medicamentos. Ademais, conforme a Lei nº 9.656/98 não gera obrigatoriedade de cobrirem estes tratamentos para os planos de saúde. O problema é a respeito dos convênios utilizarem a expressão “tratamento experimental” para recusarem as coberturas dos tratamentos. Luciano Brandão (2015) defende por Experimental o seguinte: “Por “experimental” considera-se o tratamento sem qualquer amparo ou comprovação científica de sua eficácia, não utilizados pela comunidade médica internacional e não reconhecido pelo Ministério da Saúde”.

Ademais, é habitual que certos medicamentos que tenham a eficácia confirmada na cura de certas enfermidades possuem a abstenção do Plano de saúde em cobri-los, como é caso do Avastin (Bevacizumabe) por não constar na bula o uso exclusivo. Porém, a ANVISA identifica a expressão “off label” que significa que o uso não foi aprovado, mas entende que é de inteira responsabilidade do médico que prescreve, mas que fortuitamente pode um erro médico. Na maioria das vezes aborda-se que este uso é essencial com o detalhe de ainda não ter sido aprovado.

Entende-se que o plano de saúde não pode se recusar a custear fármaco prescrito pelo médico, pois cabe a este definir qual é o melhor tratamento para o segurado. Além disso, o que importa é a existência de cobertura do contrato para a doença apresentada pelo paciente, não importando a forma como o tratamento será ministrado. Portanto, o que deve preponderar é o fato de que há previsão de cobertura para o tratamento prescrito ao paciente. Veja-se que não se trata de qualquer fármaco, mas de uma substância medicamentosa específica e imprescindível que faz parte do

próprio tratamento realizado pelo paciente, com previsão contratual de cobertura. Ora, os tratamentos que se encontram inseridos na cobertura contratada não podem ser, de forma alguma, dissociados do medicamento prescrito, sob pena de tornar inócua a cláusula que dá cobertura a determinadas terapias.

A busca pela cura da enfermidade do segurado, por métodos mais sofisticados, eficientes e modernos, deve sobrepor-se a quaisquer outras considerações, pois não se pode perder de vista que o bem envolvido no contrato celebrado entre as partes é a saúde e a vida do mero negócio por parte das administradoras de planos de saúde, pelo simples argumento de que não há cobertura contratual para determinados procedimentos. Porém cabe mencionar que, vai chegar o momento em que os planos de saúde serão obrigados a cumprir o contrato com o contratante, como é o caso do próximo subtítulo.

2.2 OPERADORES DE PLANOS DE SAÚDE E OS MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS

Tanto tem-se discutido sobre o custeio dos medicamentos experimentais pelos Planos de Saúde, que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem sentenciado que a Unimed Paulistana deverá financiar um determinado medicamento experimental para uma cliente, que está acometida pelo câncer de mama, bem como deverá indenizá-la com um valor altíssimo, tendo em vista a resistência desde o começo em financiar o medicamento. No entanto, conforme a revista O GLOBO, 2015:

De acordo com a desembargadora Mary Grün, relatora do processo, as empresas do setor “não podem se negar à cobertura de medicamento a ser empregado em quimioterapia prescrita pelo médico especialista, uma vez que a doença tem o tratamento abrangido pelo contrato firmado entre as partes”, escreveu no acórdão da decisão em segunda instância. Em sua defesa, a companhia havia alegado que não precisava custear o remédio, pois ele é experimental e ainda não foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O entendimento da magistrada foi outro: “o rol publicado periodicamente pela agência reguladora não serve como forma de limitar as obrigações dos planos de saúde”.

Ocorre que em várias situações a sociedade se sente iludida com a informação médica de que o medicamento de que está-se necessitando apenas é fornecido pelo

Estado ou até que plano privado não fornece este medicamento mas que é possível sua aquisição pelo Sistema Único de Saúde. Entretanto é nesta hora que os planos de saúde cometem a falácia inverídica, porém já tornaram esse assunto como um costume entre os médicos, pois passam a argumentar que em determinado hospital o remédio não é abstraído.

Honestamente falando, o sujeito que utiliza o plano de saúde privado faz jus ao tratamento ou medicamento que for essencial para o restabelecimento da sua saúde de cobertura pelo plano, incluindo-se os medicamentos quimioterápicos ou não. Neste norte, nota-se que isso não passa de um artifício dos planos de saúde para transferir toda a responsabilidade para o Estado, bem como, suas despesas.

Desta feita, o Poder Judiciário está compulsando e impondo que os Planos de Saúde se responsabilizem de custear o tratamento ou o medicamento experimental, mesmo que não há eficácia comprovada, assim sendo, o Judiciário deve intervir nos aspectos contratuais, compelindo os deveres que não foram harmonizados, tendo em vista que os consumidores são mais fragilizados que os prestadores desses serviços.

No entanto, cabe indagar quem deve custear os medicamentos e tratamentos experimentais a saúde pública ou a saúde privada? Ademais o Estado tem o dever de prover a saúde de maneira igualitária a todos através do SUS, já a saúde privada mesmo que tenha que concretizar uma atividade outorgada pelo poder público, também tem a obrigação de amparar seus beneficiários, mas no seu limite. Assim conforme João Luiz Martins de Mello e Márcia Fernandes Bezerra (2014) tem-se:

Assim, é certo que as barreiras colocadas pelos planos de saúde e pelo próprio Estado ao fornecimento gratuito de medicamentos ou ressarcimento de despesas médicas nem sempre são definitivas. Incumbe sempre ao Poder Judiciário a palavra final sobre o assunto, a qual, por inúmeras vezes, tem sido favorável àqueles que necessitam de assistência na área de saúde.

Portanto, este debate não pode ser mais prorrogado entre a sociedade civil, o Poder Executivo, bem como, pelo Poder Judiciário, pois os pacientes ou consumidores dos Planos de Saúde estão padecendo de tanta burocracia, muitas pessoas não sobrevivem à enfermidade até serem julgadas as demandas a respeito dos medicamentos experimentais. Nesta esteira, o Supremo Tribunal Federal já tem-

se manifestado quanto ao fornecimento de medicamentos, veremos no próximo subtítulo.

2.3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Nota-se que há mais cautela jurídica nos veredictos pronunciados pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao direito à saúde, porém seu parecer deve ser fundamentado nas decisões emitidas pelos demais Tribunais do Brasil, os quais emitem decisões com base ao direito à saúde como absoluto, tendo vista, que o Poder Público não tem possibilidade de executar o direito a saúde de maneira individual por causa da reserva do possível.

Entretanto, os Tribunais vêm encarregando-se pelo comprometimento da garantia do direito à saúde, sendo que, foi-lhe conferido o caráter de direito fundamental redundando na obrigação de todos os sistemas, jurídico, político e administrativo. Para tanto, a falta da aplicação do serviço acarretou na judicialização exorbitante do direito à saúde. Óbice que essa mediação na realidade primordial.

No entanto, o crescimento exagerado pela judicialização ao direito a saúde tem sido a explicação dos gestores públicos para a atual inconsistência do SUS. A partir da Constituição Federal de 1988, o direito a saúde considerado como um direito fundamental tem tomado lugar reiterado no Poder Judiciário, no decurso das medidas com o objetivo de distribuição de medicamentos. Nota-se o direito a saúde permanece sendo assegurado de forma judicial, não se confinando apenas ao argumento presença do direito.

Diante de tantas divergências que existem dentro da sociedade, a respeito deste assunto, até no STF as encontramos, tendo em vista que, alguns interpretam que a distribuição de medicamentos de valores altíssimos, que não constam na lista do SUS repercute nos orçamentos públicos limitando o sistema e outros reconhecem que se determinado medicamento não se faz presente na tal lista do SUS o magistrado poderá permitir o fornecimento, desde que adequadamente analisado pela ANVISA.

No entanto, tem-se o desleixo quanto à saúde, no Estado Brasileiro, pois os indivíduos estão morrendo em hospitais pela espera de fármacos indispensáveis e exames, bem como por outros motivos que não são trazidas as claras perante a

sociedade. Ademais, estes problemas fazem com que as pessoas recorram ao Judiciário frequentemente. Assim sendo, explica WEBBER (2013, p.141):

Assim como o Sistema da Saúde possui suas organizações, no Sistema do Direito não poderia ser diferente. Portanto, os Tribunais ou, se preferir, o Poder Judiciário, é a organização de maior importância no Sistema do Direito, pois é responsável pela tomada de decisão, que além de alcançar a prestação jurisdicional a população, reduz complexidade e gerencia riscos.

Nesta esteira, não se admite que o magistrado ao indeferir o pedido de uma pessoa, de um fármaco sem ter passado pela fase de testes, em face do Estado, fundamente sua decisão mencionando os valores exacerbados dos medicamentos. No entanto, este pedido pode até ser negado, mas pelos riscos que possam ser causados a sociedade.

Depois de tantas demandas que chegaram ao Judiciário, obrigou-se a delimitar que Estado forneça os medicamentos de acordo com a dignidade das pessoas e a previsão constitucional, ademais o Estado seria forçado à prestação sanitária. Porém entende a doutrinadora WEBBER (2013, p.149):

Outra situação que se verifica é que o Poder Judiciário muitas vezes é utilizado como meio de burlar as filas para obtenção de alguns tratamentos, como é o caso de cirurgias. Aos atendimentos médicos feitos de forma gratuita pelo SUS atendem alguns critérios específicos médicos, como a gravidade da situação do paciente e o tempo que ele tem de sobreviver em relação aos demais que estão na fila. Ocorre que, muitas vezes, pessoas que tem um pouco mais de informação ingressam com ações judiciais em que postulam, geralmente, em liminar de antecipação de tutela a determinação para que sejam considerados os próximos pacientes da fila (ou, em caso de medicamentos, a entrega imediata do fármaco ou bloqueio de valores). Isso é feito com base em laudos de médicos (geralmente particulares) que indicam que o estado de saúde daquele paciente é grave e ele precisa de atendimento de forma urgente (...).

De fato, é significativo o número de processos que chegam aos juízes com este tipo de pedido, portanto, não são só essas ações que os ocupam, mas ações com pedidos de fármacos que ainda não foram comprovados podem ser emolduradas como um acontecimento árduo. Para tanto, o Poder Judiciário não fixa o entendimento com o Sistema da Saúde, porque o magistrado nem sabe ao certo o que está solucionando, e não prestando a informação para os outros Sistemas Sociais, surgem-

se as ocorrências divergentes das próprias decisões. E dessa forma, há várias decisões de demandas semelhantes. É sobre isso que falaremos no próximo ponto.

2.4 DECISÕES QUE VEM SENDO PROFERIDAS A RESPEITO DA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS

É de notório saber jurídico que o Direito se funda na repetição decisões já proferidas pelos tribunais, assim como as decisões que dizem respeito aos medicamentos experimentais, no entanto, é dessa maneira que surgem as jurisprudências. Assim explica Suelen da Silva Webber (2013, p.178)

Ainda, mesmo que o Direito seja feito de repetições, e mesmo que as decisões jurídicas possam ser feitas com reportes ao passado, no que já foi decidido, decidir conceder um medicamento sem eficácia comprovada apenas porque outro julgador já decidiu não é suficiente. Talvez, uma forma de iniciar uma nova e necessária observação sobre o tema seja através da criação de setores especializados dentro do Sistema Do Direito (já que este assumiu a operacionalização da saúde pública) com Varas especializadas neste tema, as quais deverão então ser dirigidas por Magistrados com uma formação mais focada neste assunto. Também seria necessário que fosse montada toda uma equipe transdisciplinar para possibilitar o sucesso destas comunicações Intersistêmicas necessárias, principalmente quando se pode ver que o Poder Judiciário não conseguiu ainda, em alguns casos, sequer compreender o que é um tratamento sem eficácia comprovada.

A partir disso pode-se observar que há sempre uma opinião contrária a respeito dos medicamentos experimentais, tendo em vista que muitas decisões emitidas nas ações com o respectivo pedido são prejudiciais. Caso forem julgadas procedentes há a exorbitância de perigo, se forem improcedentes a pessoa ficará desamparada e pode vir a óbito. Seguindo este pensamento, tem-se que qualquer decisão proferida não é apreciável, mas precisa ser tomada e proferida. Neste norte, enfatiza Suelen da Silva Webber (2013, p.178):

Somente a partir de uma nova observação por parte dos Sistemas envolvidos será possível pensar em uma forma de estabilizar as expectativas sociais em relação a Saúde Pública. No que tange aos julgadores, é necessária uma observação qualificada e comprometida do contexto fático, pois é somente através da comunicação com os demais sistemas que o Direito poderá, sem corromper sua autopoiese, decidir de maneira capaz de promover o

gerenciamento dos riscos, e ao mesmo tempo produzir comunicações com sentidos que atendam aos anseios da sociedade.

Porém, quem tem a liberdade de mencionar se um fármaco pode ou não ser utilizado pela comunidade é o Sistema da Saúde, por meio da ANVISA. Logo, o Direito que não tem essa incumbência passa a dar decisões de alto risco, sem ao menos ter conhecimento. Quando as decisões são favoráveis, a vida de incalculáveis pessoas é posta em perigo.

3. O DIREITO À SAÚDE E OS ARGUMENTOS DOS TRIBUNAIS: ANÁLISE SOB ÓTICA DIVERSA

A pesquisa de casos jurisprudenciais oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul fora concretizada no endereço eletrônico do Tribunal, através do sistema de pesquisa de jurisprudenciais no respectivo site. Para averiguar as decisões que dizem respeito ao uso de medicamentos experimentais, foram usados como premissas de buscas a expressão “*concessão de medicamentos experimentais*”, tendo-se como definição temporal o período compreendido entre 07/10/2009 a 05/12/2013. Foram identificados e analisados, conforme as referidas premissas, três jurisprudências, com relação direta ao tema em comento.

Nesta seara, parte-se então para análise do primeiro julgado, abalroando-se ao fornecimento do medicamento experimental para uma pessoa que não tem como custear o medicamento de alto custo diante da hipossuficiência financeira referido pelo legislador ao dispositivo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. LINFOMA DE HODGKIN. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DEVER DO ESTADO. 1. Dever do Estado, de forma ampla, de fornecer medicamento. Aos entes da Federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes reconhecidamente necessitados (artigos 6º e 196 da Constituição Federal).2. Hipótese em que existente prova inequívoca da existência e da evolução da doença, que restam suficientemente demonstradas, assim como da necessidade de utilização do medicamento postulado, como única alternativa terapêutica existente, no momento, para estancar a piora do quadro clínico.3. Embora a comprovação da insuficiência de recursos pudesse ter sido mais vigorosa, a fim de elucidar a hipossuficiência financeira, possível no caso concreto presumir, por ora, a impossibilidade do recorrente em arcar com as despesas do tratamento sem prejuízo do sustento próprio, atentando para a maior gravidade que

constituiria a negativa da tutela judicial neste momento, acarretando a piora do quadro clínico ou, o que é mais provável, o óbito do paciente. 4. O fato do medicamento ser experimental não constitui óbice ao fornecimento da medicação no caso concreto, pois se apresenta como única opção terapêutica, estando demonstrada, no laudo médico, a pouca resposta que vem sendo proporcionada pelo tratamento convencional que o paciente se submete desde o ano de 2006. 5. Presentes os pressupostos da tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, possível a concessão da medida, considerando, ainda, a ineficácia caso deferida somente ao final. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Este julgado faz referência ao pleito do medicamento experimental, ademais, o Tribunal de Justiça levou em consideração a renda familiar do mesmo, para que não prejudique a sua subsistência e de sua família, pois é inviável o Agravante arcar com as despesas do tratamento, tendo em vista, a sua hipossuficiência financeira. Porém, este fato acarretaria a piora do quadro clínico ou o óbito do paciente. Também foram analisados os pressupostos da tutela antecipada.

Neste sentido, entende-se que o legislador não reservou diligências para resguardar a vida, arguindo o direito a saúde como um direito fundamental a todos. Ademais, não se pode permitir que o Estado negligencie a responsabilidade de assegurar o direito a saúde. É o que explica Torres, 2012:

... é de responsabilidade do Estado promover, através de políticas públicas, as condições necessárias para salvaguardar todos os tratamentos necessários à manutenção da saúde do cidadão, colocando à sua disposição ações e serviços de saúde (art. 197 CF), o acesso universal e o atendimento integral às pessoas necessitadas, desde concessão de medicamentos gratuitos, fornecimento de tratamento cirúrgico, oncológico, exames, etc.

No entanto, assegurar a saúde do indivíduo, disponibilizando para a coletividade meios relevantes da manutenção da vida é o mesmo que disponibilizar para todos a dignidade da pessoa humana, executando-se assim um dos princípios do Estado Democrático do Direito.

Assim sendo, o repertório de medicamentos que obriga-se um ente da Federação não pode-se tornar prioridade à garantia constitucional do direito à saúde, bem como, a competência dos entes para velar pela saúde.

DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. Tratamento: 60 (sessenta) sessões de

Oxigenoterapia Hiperbárica; Tratamento Clínico; Cuidados diários locais orientados por profissional médico e curativos diários específicos orientados. Enfermidade: Portador de sequela definitiva de trauma raquimedular cervical por projétil de arma de fogo caracterizada por paraplegia sensitivo-motora. Em razão disso, apresenta Úlceras Escaras. Custo: R\$ 21.581,40 fora o tratamento clínico, bem como os profissionais específicos. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. O Estado é responsável pelo fornecimento de tratamentos, independentemente de qual seja este, tendo em vista que o art. 23 da CF prevê como competência comum da União, Estado, Distrito Federal e Município, cuidar da saúde. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Possibilidade de antecipar os efeitos da tutela, no caso concreto, tendo em vista a relevância do interesse protegido (direito à saúde) e presentes os requisitos autorizadores. MEDICAMENTO EXPERIMENTAL. Registro que a parte autora trouxe aos autos atestado médico demonstrando a necessidade do tratamento de Oxigenoterapia Hiperbárica. É o médico que acompanha a autora quem tem melhores condições de avaliar seu estado de saúde e de indicar o tratamento mais adequado, razão pelo qual os medicamentos requeridos devem ser fornecidos à autora. Tal documento é suficiente à concessão da liminar, que vai mantida. Os documentos trazidos pelo Estado foram elaborados sem examinar a paciente que ora pleiteia o tratamento, razão pela qual não podem prevalecer em relação aquele elaborado por médico que avaliou o estado de saúde da requerente. Assim, deve o Estado fornecer o tratamento postulado, diante do laudo médico indicando o melhor tratamento para o paciente, no caso, a Oxigenoterapia Hiperbárica. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70045164498, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 22/09/2011).

No caso em tela, o Estado alega que a medicação solicitada para o quadro clínico apresentado pela autora é um tratamento experimental ainda não aprovado pelas comissões que regulam a pesquisa no país. Entretanto, a parte autora trouxe aos autos atestado médico demonstrando a necessidade do tratamento de Oxigenoterapia Hiperbárica.

Ademais, o relator entendeu que o atestado é suficiente para demonstrar que a parte autora necessita utilizar a medicação. Pois, é o médico que acompanha a autora quem tem melhores condições de avaliar seu estado de saúde e de indicar o tratamento mais adequado, e assim condenou o Estado ao fornecimento dos medicamentos à autora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Medicamento: Etanercepte 50mg/semanal. Enfermidade: Doença reumática crônica: Espondilite Anquilosante (CID M45). Custo: R\$ 5.229, 81. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. O Estado é responsável para o fornecimento de medicamento, independentemente de qual seja este, tendo em vista que o art. 23 da CF prevê como competência comum da União, Estado, Distrito Federal e

Município, cuidar da saúde. LISTAS DE MEDICAMENTOS DO SUS. A ausência do fármaco nas listas do SUS não afasta a responsabilidade, prevista constitucionalmente, do Poder Público pelo fornecimento de medicamentos aos necessitados, garantindo assim o mínimo existencial. MEDICAMENTO EXPERIMENTAL. Registro que a parte autora trouxe aos autos atestado médico (fl. 17) demonstrando a necessidade do tratamento de *Etanercepte* 50mg. É o médico que acompanha a autora quem tem melhores condições de avaliar seu estado de saúde e de indicar o tratamento mais adequado, razão pelo qual os medicamentos requeridos devem ser fornecidos à autora. Tal documento é suficiente à concessão da liminar, que vai mantida. Os documentos trazidos pelo Estado (fls. 83/86) foram elaborados sem examinar a paciente que ora pleiteia o tratamento, razão pela qual não podem prevalecer em relação aquele elaborado por médico que avaliou o estado de saúde da requerente. Assim, deve o Estado fornecer o tratamento postulado, diante do laudo médico indicando o melhor tratamento para o paciente, no caso, o *Etanercepte* 50mg. BLOQUEIO DE VALORES. Cabível o bloqueio de valores, em caso de descumprimento de comando judicial, pois ao juízo faculta a lei, sejam determinadas as medidas necessárias para o seu cumprimento. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Conforme ementado tem-se que, Estado alega que a medicação solicitada para o quadro clínico apresentado pela autora é um tratamento experimental ainda não aprovado pelas comissões que regulam a pesquisa no país. Mas a autora juntou aos autos atestado médico demonstrando a necessidade do tratamento de *Etanercepte*. No mais, atestado é suficiente para demonstrar que a parte autora necessita utilizar a medicação.

No entanto, o comando judicial de fornecimento de medicamentos ou bloqueio de valores é uma tentativa de compelir o Estado do Rio Grande do Sul a cumprir com as decisões judiciais, bem como com as previsões constitucionais que visam a assegurar o direito à saúde.

Nesta esteira, não se pode compactuar com a irresponsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul para com a saúde dos cidadãos, desrespeitando, por consequência, à Carta Magna.

Nesse sentido, conclui-se que deve o Poder Judiciário interceder para preservar o direito à saúde, não tendo assim qualquer desobediência aos Princípios da Reserva do Possível e sequer da Separação dos Poderes, haja visto que nesta incompatibilidade de interesses, deve preponderar a saúde e a vida do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É costumeiro vermos a angústia e o sofrimento das pessoas que precisam muito de medicamentos, que não estão na lista do SUS, como alegam os entes públicos e que não possuam recursos financeiros para supri-los.

Por se tratar de um medicamento experimental, mesmo que ainda não tenha passado pela fase de teste, muitas das situações são indicados pelos médicos para a cura das enfermidades em que as pessoas estão acometidas ou até para prolongar a vida, assim, inseridas como último recurso.

Conforme a pesquisa das decisões do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diretamente relacionado com a concessão do medicamento experimental, encontrou-se várias ações que são ajuizadas para garantir o direito à saúde, entretanto, é conclusivo que sem a ajuda do poder judiciário o direito a saúde não tem sido resguardado, porque se está diante da negativa do próprio ente público. Porém, o bom de tudo isso, é que das decisões fundadas do TJ/RS, tem sido cumprida positivamente os pedidos de fornecimento de medicamentos experimentais, diminuindo um tanto o sofrimento dos pacientes com enfermidades.

É cediço, que a cura de uma doença precisa de um tratamento urgente, mas em inúmeras vezes as decisões judiciais são morosas, dependendo muito da situação em que se encontra o paciente, até mesmo com a tutela de urgência, leva algum tempo.

Entretanto, seria muito mais vantajoso se os entes federados cumprissem com a suas obrigações e dessem mais assistências a aos pacientes que estão acometidos de doenças, em muitas vezes, em estágio terminal, assim estariam a evitar o estado degradante e o sofrimento dos mesmos. Assim, já enfatizava Michel de Montaigne: *“É coisa preciosa, a saúde, e a única, em verdade, que merece que em sua procura empreguem não apenas o tempo, o suor, a pena, os bens, mas até a própria vida; tanto mais que sem ela a vida acaba por tornar-se penosa e injusta.”*

A sociedade deveria ser tratada com mais respeito, pois todos pagam taxas, impostos e tudo mais, cumprem com seus deveres, mas gostariam de ter um pouco mais de paz.

Neste norte, satisfaria ter saúde e dinheiro, que aparentemente seria um ótimo invólucro, mas o anseio da comunidade é bem maior, pois, sinceramente querem que

seus direitos sejam supridos de uma forma mais realista. Já dizia Albert Einstein: *“Dificuldades e obstáculos são fontes valiosas de saúde e força para qualquer sociedade.”*

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, 34/11, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

ÉPOCA. Redação. **OMS libera medicamentos experimentais contra o ebola**. Disponível em www.epoca.globo.com/. Acesso em 27/10/2015.

GRANDO, Juliana Bedin; MENDES, Tiago Meyer. Direito a saúde como dever do Estado democrático de direito. In: STURZA, Janaína Machado et al. **Estado, Políticas Públicas e Direito a Saúde: Ensaio sob a égide dos Direitos Humanos**. Santa Cruz Do Sul: Elssere nel mondo, 2014.

MELLO, João Luiz Martins de; BEZERRA, Márcia Fernandes. **A saúde nos tribunais**. Disponível em www.pamplonaebraz.com.br. Acesso em 26/03/16.

MOREIRA, Carla. **Direito fundamental a saúde**. Disponível em www.domtotal.com. Acesso em 18/10/2015.

MOURA, Elisangela Santos de. **Direito à saúde na Constituição**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 19/10/2015.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito a saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em www.dpu.gov.br. Acesso em 14/09/2015.

RAMOS, Leandro Ferreira. **Fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário**. Disponível em www.ambito-juridico.com.br. Acesso em 28/10/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. Ed ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso Da. **Comentário contextual a constituição**. 4.ed.São Paulo: Malheiros, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **O direito fundamental à saúde: dos Direitos Humanos à Constituição de 1988**. Disponível em: www.ambito-Juridico.com.br. Acesso em 20/10/2015.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. **Direito a saúde e a responsabilidade solidária dos entes federativos**, 2012. Disponível em: www.conteúdojurídico.com.br. Acesso em 16/05/2016.

WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente aos pedidos de medicamentos experimentais/** Curitiba: Juruá, 2013.

www.citador.pt. **Saúde**. Acesso em 08/06/2016.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm