

AS LIMITAÇÕES DA RESERVA DO POSSÍVEL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS COM BASE NO DIREITO À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

THE LIMITATIONS OF THE RESERVATION OF THE POSSIBLE IN THE SUPPLY OF MEDICINES BASED ON THE RIGHT TO HEALTH IN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REGIONAL COURT OF THE 4TH REGION

LUIZ FERNANDO COSTA DA SILVA

Advogado em Curitiba-PR. Graduado em Direito - Estácio de Curitiba (2010). Pós-graduado em Direito Médico pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

FERNANDA SCHAEFER RIVABEM

Advogada em Curitiba-PR; Doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR; integrante do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico, vinculado ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFPR; professora de Direito Civil da Faculdade Estácio de Curitiba. Professora e Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Médico do UniCuritiba e professora de Direito Civil e Biodireito do Curso de Direito. Professora do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da PUC-PR. Membro da Comissão de Educação Jurídica e da Comissão de Direito da Saúde da OAB-PR.

RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo analisar o fornecimento de medicamentos por parte do Estado através da judicialização de demandas em face da reserva do possível, sendo esse um desdobramento da efetivação do direito à saúde, por consequência ligada à dignidade humana. A pesquisa realizada com base na jurisprudência recente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região compreendeu o período de 01/06/2014 a 14/08/2014. Foram analisadas todas as hipóteses de negativas de fornecimento no período. O texto também procura analisar o posicionamento do Tribunal sobre a possibilidade da limitação orçamentária reduzir a efetividade do direito à saúde, além do controle judicial de políticas públicas em face da ineficácia da prestacional por parte do poder público.

Palavras-chave: fornecimento de medicamentos; direito à saúde; judicialização; TRF4.

ABSTRACT:

This study aims to analyze the supply of medicines by the state through the judicialization of demands in the face of possible reserves, this being an offshoot of the realization of the right to health, in consequence linked to human dignity. A research carried out based on



recent jurisprudence of the Tribunal Regional Federal da 4^o Região comprised the period from 01/06/2014 to 08/14/2014. All hypotheses of negative supply in the period analyzed. The text also seeks to analyze the position of the Court on the possibility of budget limitations reduce the efficacy of the right to health, beyond judicial control of public policies in the face of ineffective provision by the government.

Keywords: supply of medicaments by the state; right to health; judicialization; TRF4.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988, influenciada pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha¹ e pela Constituição Portuguesa de 1976, ampliou de modo significativo os direitos e garantias fundamentais². Tem-se uma Constituição voltada para o ser humano, "tanto o preâmbulo quanto o título dos direitos fundamentais apontam para uma nova ordem constitucional voltada para o ser humano e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade" (Mariana Py Muniz CAPPELARI, 2014, p. 34), sendo nossa primeira constituição a reconhecer expressamente o direito à saúde como direito fundamental³.

O direito à saúde além de ser um direito social⁴, faz parte do elo fundamental da dignidade humana⁵, como um dever do Estado, e não mera possibilidade. Para José Antonio SAVARIS e Daniel Machado da ROCHA (2014, p. 162) a principal característica do direito à saúde é o acesso universal ao SUS e independe de contribuição de seus

¹ Entrou em vigor em 23/05/1949, 4 anos após a rendição incondicional das formas armadas alemãs, assinada por Karl Donitz, não foram os políticos alemães da época os protagonistas do processo constituinte, mas sim os governos de ocupação aliados, com destaque para os EUA. (Ingo Wolfgang SARLET, 2009, p. 90).

² Fabiana Okchstein KELBERT (2011, p. 18).

³ Ana Cristina KRAMER (2006)

⁴ Ingo Wolfgang SARLET (2012, p. 261) afirma sobre os direitos sociais que "tais direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849, caracterizam-se, ainda hoje, por assegurarem ao indivíduo, direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas".

⁵ Para Marco Félix JOBIM (2014, p. 33) apesar do caráter universal da dignidade da pessoa humana, não existem dois países no mundo que vivenciaram um tipo diferente de cultura e que sistematizaram a dignidade da pessoa humana da mesma forma.



beneficiários. Em sintonia com a Constituição da República Federativa do Brasil em seus artigos 5º, §1º, 6º e 196,

Art. 5º CF Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 6º CF São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.

Art. 196. CF⁶ 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.

Os direitos sociais constantes na Constituição tiveram expansão "no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização de justiça social" (Ingo Wolfgang SARLET, 2015, p. 47).

Dividem-se os direitos sociais em prestações negativas e positivas⁷, o foco principal do trabalho será a prestação positiva, na qual o Estado fornece condições para efetivação de tais direitos. No caso específico, direito à saúde, o Estado deve fornecer as condições para se efetivar tal direito com bens e serviços, sendo sujeito das constantes demandas sociais e judiciais, no qual deve suprir as necessidades de uma sociedade repleta de carências⁸. Para Gabriele GOTTLIEB (2011, p. 16)⁹ a Constituição abre a possibilidade de realização social pela prática de direitos prestacionais, possibilitando

⁶ A saúde está posta na Constituição integrando a seguridade social, sistema de proteção que abrange os três programas sociais de maior relevância, a previdência, a saúde e a assistência social (Daniel Machado da ROCHA e José Paulo BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 2).

⁷ Ramon Fagundes BOTELHO (2011, p. 53-54).

⁸ Dionis Mauri Penning BLANK (2013, p. 55).

⁹ GOTTLIEB, Gabriele. Judicialização dos direitos sociais: as ações coletivas que demandam políticas públicas no foro central de porto alegre. Porto Alegre, 2011. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 123 f. (p. 16)



concretizar as exigências de um Estado de Justiça social, pela perspectiva da dignidade da pessoa humana¹⁰.

Janaina Cassol MACHADO (2007) entende que o direito à saúde, além de direito fundamental que atinge a todas as pessoas, "representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, merecendo, portanto, a atenção e o zelo do Poder Público no sentido de que seja realmente efetivado através da adoção de condutas eficientes e adequadas a garantir resultados". Adiante tratará das barreiras impostas ao direito à saúde pela reserva do possível.

2 O DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Para conseguir resultados concretos e por ser um direito prestacional, o direito à saúde encontra a barreira da reserva do possível, segundo o qual haveria a possibilidade de não efetivar esse direito se não houver possibilidade material, pois a disponibilidade dos recursos econômicos é escassa, não tendo como se atender a todas as pretensões clamadas pela sociedade¹¹, chegando ao mínimo existencial¹², o patamar mínimo de

¹⁰Ingo Wolfgang SARLET (2011, p. 73) define a dignidade da pessoa humana como "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida".

¹¹Eduardo Braga ROCHA (2012).

¹² Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008) afirmam que o assim designado "mínimo existencial, não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material".

eficácia de um direito. As prestações estatais devem minimizar as desigualdades sociais, a fim de encontrar um equilíbrio com uma “igualdade real para todos”¹³.

A amplitude da reserva do possível pode ser extraída em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas¹⁴.

Rodrigo Padilha (2014, p. 638) afirma que os direitos sociais exigem prestação positiva (obrigação de fazer) dos Poderes Públicos, sendo, por essa razão, chamados de direitos prestacionais ou direitos de promoção, deste modo, estão sujeitos a reserva do possível. Conclui que, "juntamente com o título dos direitos fundamentais, a ordem social forma o núcleo substancial do regime democrático instituído". Osvaldo Ferreira de Carvalho (2012, p. 84) ensina que os direitos sociais são universais, não tendo como finalidade apenas libertar da pobreza, mas construir uma sociedade de bem-estar.

Ingo Wolfgang SARLET (2013, p. 40-41) ensina que como todos os direitos fundamentais, o direito à saúde, encontra-se sempre afetado pela reserva do possível em suas diversas hipóteses, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e da disponibilidade de tecnologias eficientes) e pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). Deve-se ter um planejamento integrado, visto a limitação orçamentária. Segundo Costa (2008, p. 80),

A escassez notória dos recursos públicos exige que Legislativo e Executivo organizem e planejem estratégias coordenadas em matéria de saúde, no âmbito dos três níveis da Federação, de modo a otimizar os recursos e a maximizar os resultados, como meio de assegurar a fruição do maior número de prestações materiais possíveis pelo maior número possível de integrantes do grupo social, tudo de conformidade com critérios de razoabilidade.

Ramom Fagundes BOTELHO (2011, p. 115) entende que os direitos e as garantias individuais, constituem direitos positivos, a exigir para sua realização um conjunto de

¹³FORTES, Cristina Lazzarotto et al (2013, p. 3).

¹⁴ EMERIQUE, Lilian Balmant et al (2012).



medidas positivas por parte do Estado, que abrangem a disponibilidade de recursos materiais e humanos para sua implementação e proteção.

No entanto, esta disponibilidade é apenas de caráter secundário, ao passo que o custo para os direitos sociais prestacionais constitui um item necessário para efetivação.

Para a efetivação do direito à saúde, há uma perspectiva individual e coletiva, segundo Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO (2014, p. 788) afirmam que,

É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

Ao contrário dos direitos de primeira dimensão¹⁵, que exigem uma restrição do Estado, os direitos sociais exigem atuação. Deste modo, considera-se legítima a

¹⁵ Cármen Lúcia Antunes ROCHA (1997) explica a origem dos atuais direitos de primeira geração, "coube aos autores da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, a expressão primeira dos direitos, posteriormente (já no século XX) divulgados com a alcunha de "direitos humanos". E aos revolucionários franceses, com o caráter cosmopolita dominante dos seus atos políticos, a proclamação desses direitos em elenco que se divulgou e se fez fonte de sua adoção nos sistemas jurídicos e nas organizações políticas que a partir de então se estabeleceram. Algumas observações cabem, aqui, quanto a essas primeiras declarações de direitos fundamentais: preliminarmente, é de se relevar serem elas documentos de valor normativo, impositivo portanto, mas externos às Constituições (tanto os artigos da Confederação, dos norte-americanos, que continham as normas da organização fundamental dos Estados Unidos, quanto a Constituição Francesa, de 1791, não incluíam aquele rol de direitos declarados em seus textos, conquanto o considerassem de cumprimento obrigatório e, inclusive, de valor supraconstitucional); em segundo lugar, é de se salientar que os direitos declarados traziam a conotação (ou se divulgava com o sentido) de "direitos naturais" dos homens, não expressando, assim, a idéia que hoje domina e que historiciza e engaja tais direitos à realidade da experiência política e jurídica do homem na sociedade estatal; um terceiro ponto é que tais direitos ainda se concebiam como privilégios (tais como os seus antecedentes, havidos, por exemplo, em documentos como a Carta Magna adotada, na Inglaterra, em 1215, por João Sem Terra); nem tinham eles caráter universal em sua aplicação, nem a preocupação dominante das concepções burguesas colocava-os a salvo das investidas não apenas do poder estatal, mas dos poderes particularistas havidos na sociedade de uns contra outros homens; em quarto lugar, é de se atentar que os direitos declarados tisna-se pela conotação individualista, como acima lembrado, porque o Estado então estruturado era "Liberal de Direito", pelo que os interesses individuais e o individualismo predominavam sobre todas as formas de organização e o Direito não se ausentava desta natureza com que se geravam as idéias, as instituições e as suas práticas; em quinto lugar, acentue-se que esses direitos, referentes à vida, à liberdade individual, à segurança, à igualdade e à propriedade são, já então no curso deste século XX, denominados 'de primeira geração'".

intervenção do Poder Judiciário¹⁶ na efetivação do direito à saúde, diante de uma ineficácia como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos por parte do Sistema Único de Saúde¹⁷, caso da STA 175¹⁸ julgada pelo Supremo Tribunal Federal,

A União buscava suspender o fornecimento do medicamento ZAVESCA (princípio ativo miglustate) à paciente portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como: “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas”.

Com o voto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, afirma sobre o art. 196 da Constituição que,

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 (ADPF45) trouxe a confirmação sobre a possibilidade do Judiciário fazer o controle de Políticas Públicas,

Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no

¹⁶ Angelita Maria MADERS (2010 ,p. 21)

¹⁷ Cita-se o projeto 1ª Coorte Brasileira de Acesso Judicial a Medicamentos no RS. Projeto formalizado em agosto de 2008 pela Universidade de Princeton (EUA), Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul e Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, foram selecionadas 1800 decisões para acesso a medicamentos entre setembro de 2008 a julho de 2009. Disponível em: <http://www.princeton.edu/grandchallenges/health/research-highlights/aids/Database_project.pdf> Acesso: 19 set. 2014.

¹⁸ STF, STA 175, Julgamento 16/06/2009. DJe 25/06/2009.



processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Sobre esse aparente conflito de Poderes, Gilmar Mendes afirma que,

Se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Não devendo prosperar as críticas de que o Poder Judiciário não deve interferir na autonomia dos outros poderes. Com um papel fundamental (Álvaro Filipe Oxley ROCHA, 2010, p. 28),

O Judiciário assume o papel de decisor democrático final quanto às questões controvertidas, nas quais o Executivo e o Legislativo não conseguem chegar a uma decisão. A ação do Judiciário quanto às políticas públicas, contudo, não deixa de ser salutar e importante do ponto de vista democrático, mas deve-se observar que essa atuação não substitui as devidas correções nas políticas públicas, que a ação judicial não pretende nem irá substituir.

Deste modo, o judiciário encontra-se apto a efetivar o direito à saúde através de decisões judiciais.

2.1 AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Afirmam Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, ocorrem duas hipóteses de ações de medicamentos:

Os medicamentos solicitados constarem das listas do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais, mas não estarem sendo fornecidos à população por problemas de gestão¹⁹. Nesse caso, há uma política pública determinando o fornecimento do medicamento pretendido, mas por alguma dificuldade o acesso está interrompido. Nesta hipótese, a solução segundo os autores,

¹⁹ Cita-se a matéria do Jornal Zero Hora de 05/05/2014, "Má gestão resulta em toneladas de medicamentos com data de validade vencida" Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/05/magestao-resulta-em-toneladas-de-medicamentos-com-data-de-validade-vencida-4492138.html>>.



O cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.

Na outra hipótese, o Sistema Único de Saúde não fornece o medicamento específico que o médico prescreveu, mas disponibiliza um similar para tratar a mesma patologia. Configurada tal situação, faz-se necessário o exame das razões que impedem o paciente de utilizar a droga escolhida pelo SUS. Para solucionar esse problema deve-se utilizar a ponderação nos seguintes termos,

A partir de um critério de ponderação, verificar a razoabilidade do fornecimento requerido. É certo que meras questões burocráticas não podem prejudicar a vida e a saúde da população. Assim, verificado, no caso concreto, que o cidadão em questão não pode fazer uso dos medicamentos fornecidos pelo órgão público (porque já usou e não fez efeito ou por ser alérgico a determinada substância que o compõe, por exemplo), será razoável que, para este paciente, seja adquirida outra droga, desde que o seu custo não inviabilize o sistema de saúde como um todo. (Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, 2014, p. 794)

Entendimento que se confirma no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) "se o medicamento ou procedimento requerido judicialmente não estiver incluído nas políticas públicas de saúde, mas houver outra opção de tratamento para a moléstia do paciente, deve-se, em regra, privilegiar a escolha feita pelo administrador²⁰".

Pode-se citar, ainda uma terceira possibilidade, em que não há o medicamento pretendido e não há similar na lista de medicamentos essenciais (RENAME). Para o TRF4 há que se verificar se a prestação solicitada consiste em tratamento meramente experimental ou se trata de algo novo ainda não testado pelo Sistema ou a ele incorporado²¹,

²⁰ TRF4. Apelação/Reexame necessário n. 5000266-30.2013.404.7005/PR. Relator: Fernando Quadros da Silva. Voto-vista Marga Inge Barth Tessler. Data: 11/06/2014.

²¹ TRF4. Apelação/Reexame necessário n. 5000266-30.2013.404.7005/PR. Relator: Fernando Quadros da Silva. Voto-vista Marga Inge Barth Tessler. Data: 11/06/2014.



Os tratamentos experimentais são pesquisas clínicas, e a participação nos mesmos é regulada pelas normas que regem a pesquisa médica. As drogas aí envolvidas sequer podem ser adquiridas, uma vez que nunca foram aprovadas ou avaliadas, devendo seu acesso ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido. Não se pode, assim, compelir o Estado a fornecer tais experimentos.

Conceituando os tratamentos novos,

Não contemplados em qualquer política pública, merecem atenção e cuidado redobrados, tendo em vista que, 'se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada'.

E conclui,

Sendo certo que a inexistência de políticas públicas não pode implicar violação ao princípio da integralidade do Sistema, conclui-se que é possível, pois, a impugnação judicial da omissão administrativa no tratamento de determinado mal, impondo-se, todavia, que se proceda a ampla instrução probatória sobre a matéria - 'o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar'.

Segundo Janaina Cassol MACHADO (2007) o princípio da seletividade²² é "utilizado pelos defensores da aplicação do preceito da reserva do possível enquanto limitador financeiro a favor do Estado quando pretender justificar a sua inoperância em termos de Estado Social".

Gera-se a ideia de que ficariam pacientes sem atendimento pelo SUS por conta do dispêndio de verbas com o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista RENAME. Essa justificativa é falaciosa, afirma a autora, "pois é fato notório que as verbas gastas com publicidade institucional são, no mais das vezes, muito maiores que as verbas destinadas à prestação eficaz do direito fundamental à saúde".

²² Suzani Andrade FERRARO (2010, p. 89) ensina que "O princípio da seletividade e distributividade na prestação dos serviços e benefícios restringe o princípio da universalidade na cobertura e atendimento, pois enquanto este coloca a necessidade de a Seguridade Social cobrir todos os riscos sociais e atingir todos os indivíduos de uma sociedade, aquele exige que em face de questões econômico-financeiras do sistema, apenas sejam cobertos os riscos mais prementes, e que sejam atendidos os indivíduos mais necessitados, ou seja, com menor renda".



Ramom Fagundes BOTELHO (2011, p. 116), afirma que se deve o postulado da reserva do possível a jurisprudência constitucional alemã, a qual condiciona "a construção de direitos sociais subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos".

Segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, os direitos a prestações positivas estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Vale dizer, é necessário não apenas que a norma outorgue certa capacidade de atuação para o seu destinatário, mas que também existam recursos materiais que tornem possível a satisfação do direito, fatores que consubstanciam a cláusula da 'reserva do possível'.

Considera o fato de condicionar a realização dos direitos sociais ao caixa do Estado significa reduzir sua eficácia a zero. Portanto,

Deve-se ter em consideração, porém, que as limitações impostas pela falta de recursos financeiros não podem ensejar um esvaziamento do conteúdo do direito social à saúde, principalmente quando ligado ao núcleo essencial da dignidade. Por esta razão, já foi afirmado que o postulado só tem sentido caso a prestação postulada ultrapasse os limites desse "mínimo".

Conclui que é necessário demonstrar motivos razoáveis para invocar a reserva do possível,

Neste sentido, para que o Estado possa negar efetividade a um direito social sob o argumento da reserva do possível, deve demonstrar que tem "motivos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas.

Para Ingo Wolfgang SARLET (2013, p. 29) "a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos."

Ingo Wolfgang SARLET (2013, p. 30) conclui o pensamento afirmando que,

A reserva do possível constitui em verdade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas



circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação - desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais - da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Deste modo, após analisar brevemente o pressuposto da reserva do possível e sua fragilidade com a finalidade de impedir a efetivação do direito fundamental à saúde pelo Estado, passa-se a analisar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²³ sobre o tema, com o objetivo de identificar como estão sendo decididos os conflitos envolvendo fornecimento de medicamento e a teoria da reserva do possível.

3 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Para esse estudo, utilizou-se a pesquisa de jurisprudência do TRF4, com os verbetes "RESERVA DO POSSÍVEL" E "FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO" no período de 01/06/2014 até 14/08/2014.

A matéria em análise encontra-se direcionada à Segunda Seção do Tribunal, integrantes a Terceira e Quartas turmas, com os respectivos Desembargadores Federais: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Fernando Quadros da Silva e Marga Inge Barth Tessler²⁴. Integrando a quarta turma: Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Cândido Alfredo Silva Leal Junior e Vivian Josete Pantaleão Caminha.

Durante o período de consultas, foram localizadas 189 decisões. Pode-se observar o posicionamento majoritário de que "o orçamento e a reserva do possível, quando alegados genericamente, não importam em vedação à intervenção do Judiciário em matéria de efetivação de direitos fundamentais". Além disso, tem-se o posicionamento de que faz 'jus' ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a sua imprescindibilidade, que consiste na conjugação da necessidade e

²³ Foi instalado em 1989, com sede em Porto Alegre e jurisdição sobre os três estados da Região Sul (Tadaaqui Hirose, 2014, p. 19).

²⁴ A partir de 17/09/2014 convocada para atuar no Superior Tribunal de Justiça, sendo substituída por Salise Monteiro Sanchotene.



adequação do fármaco e da ausência de alternativa terapêutica. Deste modo, considera-se a real necessidade do medicamento a uma análise econômica do Direito. O posicionamento que se encontra consolidado pode ser demonstrado com a ementa adiante,

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE. ORÇAMENTO E RESERVA DO POSSÍVEL. DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. multa diária. valor. 1. União, Estados e Municípios detêm legitimidade para figurar no polo passivo de ação onde postulado o fornecimento público de medicamentos. 2. Solidária a responsabilidade dos entes da Federação quanto ao fornecimento de medicamentos, é direito da parte autora litigar contra qualquer deles. **3. O orçamento e a reserva do possível, quando alegados genericamente, não importam em vedação à intervenção do Judiciário em matéria de efetivação de direitos fundamentais.** **4. Faz jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a respectiva imprescindibilidade, que consiste na conjugação da necessidade e adequação do fármaco e da ausência de alternativa terapêutica.** 5. Na forma dos precedentes da Terceira Turma, razoável a fixação de multa diária para o caso de descumprimento de decisão judicial, nas ações onde postulado o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde, no valor de R\$ 100,00²⁵.

Janaina Cassol MACHADO (2007) afirma que não é mais possível enquadrar o direito à saúde no conceito de norma programática, pois a norma contida no art. 196 da Constituição Federal,

Institui um dever correlato a um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se essa obrigação não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma e desrespeito pelo Estado do dever de primar pela realização de uma conduta voltada à distribuição justa e adequada dos bens sociais existentes ou não, pois são direitos prestacionais que devem ser postos à disposição do cidadão.

Com base nesse entendimento, Janriê Rodrigues RECK e Jacson Bacin VICENTE (2012, p. 136) afirmam que o ativismo judicial pode e deve ser utilizado pelo

²⁵ Agravo de Instrumento n. 5013893-33.2014.404.0000/PR. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Data: 06/08/2014.



poder Judiciário brasileiro²⁶. Contudo, deve ser utilizado de modo esporádico, "quando em último recurso falharem as conversações, ponderações e diligência dos poderes Legislativo e Executivo", e concluem "quando os eleitos pela sociedade, não mais puderem ou conseguirem refletir os anseios e necessidades desses indivíduos, ou que em suas decisões, corrompam, maculem ou interrompam os direitos a eles pertencentes".

Servindo como paradigma e fundamentação para as futuras decisões a seguinte decisão proveniente da Quarta Turma,

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO DO CACON. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL REPARTIÇÃO/REEMBOLSO DOS VALORES DESPENDIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. A legitimidade passiva de todos os entes federativos para ações que envolvem o fornecimento ou o custeio de medicamento resulta da atribuição de competência comum a eles, em matéria de direito à saúde, e da responsabilidade solidária decorrente da gestão tripartite do Sistema Único de Saúde (arts. 24, inciso II, e 198, inciso I, da Constituição Federal). Os CACONS e similares são responsáveis por dar tratamento integral aos pacientes oncológicos, mas este fato não retira destes o direito de buscarem, em face dos Entes Políticos, o fornecimento das drogas tidas por necessárias ao seu tratamento. **O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea d, da Lei n.º 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde. A interferência judicial na área da saúde não pode desconsiderar as políticas estabelecidas pelo legislador e pela Administração²⁷. Todavia, o Poder Público não pode invocar a cláusula da 'reserva do possível', para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sem demonstrar, concretamente, a impossibilidade de fazê-lo.** Eventual reembolso de valores despendidos por um ente federativo, para o fornecimento gratuito de medicamento, deve ser realizado no âmbito administrativo, sem necessidade de intervenção judicial. Honorários de advocatícios reduzidos. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 558/2007, do CJF, é vedada a remuneração do advogado dativo quando a sentença definitiva

²⁶ Opinião defendida por Jesús Antonio de la Torre Rangel (2014, p. 5), em entrevista ao jornal Gazeta do Povo afirma sobre o ativismo judicial. "Isso é perfeitamente válido, sempre que a resolução esteja fundada em um sentido de equidade. Essa ideia de divisão de poderes pertence a uma forma de entender o Estado. Os juízes têm o direito em concreto, o aplicam. Os legisladores lidam em abstrato. A escola da exegese ensinou que o juiz deve ser a boca da lei e não podia afastar-se da lei. Em todo caso teria que indagar o que quis dizer o legislador. Eu creio que o juiz está para fazer justiça, que se faz em concreto e não em abstrato".

²⁷ Sobre o controle judicial da decisão legislativa, Marcelo CATTONI (2013, p. 44) afirma que " sempre haverá a possibilidade de controle judicial de qualquer decisão legislativa do ponto de vista da sua constitucionalidade, como um correlato da forma constitucional tipicamente moderna de nossa Constituição".



contemplá-lo com honorários resultantes da sucumbência. (TRF4, APELREEX 5004674-86.2012.404.7009, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 06/11/2013)²⁸

Em mesmo sentido, Ana Paula de BARCELLOS (2013, p. 114) afirma que "não trata mais de um juízo acerca do conteúdo da política pública escolhida, e sim - independentemente da escolha feita - da lisura na utilização dos recursos públicos".

Em outro julgado pelo Desembargador Fernando Quadros da Silva mantém a necessidade de demonstrar a imprescindibilidade do fármaco.

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS OU TRATAMENTO MÉDICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESERVA DO POSSÍVEL. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO DEMONSTRADA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO.

1. União, Estados e Municípios detêm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas ações onde postulado o fornecimento público de medicamentos ou tratamento médico.
2. Tratando-se de direito à saúde, porquanto essencial e incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira de pessoa estatal
3. Os requisitos para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos não ofertados pelo SUS são (a) comprovação da atual necessidade do medicamento/procedimento; (b) demonstração que o medicamento proposto é insubstituível por outro similar/genérico; (c) a prescrição do respectivo tratamento deverá ser feita, preferencialmente, por médicos credenciados ao SUS e, finalmente, (d) respectiva execução de perícia médico judicial para delimitar e observar as circunstâncias do caso concreto.
4. **No caso, demonstrada a imprescindibilidade do tratamento especificado na proemial, consistente na conjugação da necessidade e adequação do fármaco e na ausência de alternativa terapêutica, no que mantida a sentença que determinou o fornecimento do medicamento pleiteado.**²⁹

Encontrando embasamento da decisão, em voto proferido o Des. Federal Fernando Quadros da Silva demonstra como devem ser aplicadas as normas relativas ao tema,

²⁸ TRF4, Apelação/Reexame necessário n. 5004674-86.2012.404.7009, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data: 06/11/2013.

²⁹ TRF4, Apelação/Reexame necessário n. 5000389-10.2013.404.7011/PR. Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva. Data 06/08/2014.



Tenho que as normas relativas ao direito à saúde devem ser analisadas e interpretadas de forma sistêmica, visando à máxima abrangência e ao amplo acesso aos direitos sociais fundamentais. Exatamente por conta disso, a despeito de respeitáveis entendimentos em sentido contrário, entendo que, na esteira dos preceitos do neoconstitucionalismo, não há que se falar em mero caráter programático do artigo 196 da Constituição Federal, uma vez que referido modelo axiológico/valorativo parte da ideia central segundo a qual não basta limitar atividades arbitrárias anti-isonômicas (ponto fulcral do constitucionalismo clássico), mas se faz imprescindível a efetiva promoção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário viabilizar a promoção do mínimo existencial, em face do qual não se admite qualquer alegação de irresponsabilidade por impossibilidade (reserva do possível). Não há, portanto, infundado ativismo judicial no caso em apreço (ou intervenção do Poder Judiciário em tema de apreciação restrita do Poder Executivo), mas respeito ao formalismo processual e aos direitos fundamentais individuais e sociais.

Resumidamente, tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira de pessoa estatal.

No mais, certo que o direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera norma programática, de forma a não lhe dar eficácia. A interpretação da norma constitucional há de ter em conta a unidade da Constituição, máxima efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática, que impede, como solução, o sacrifício cabal de um dos direitos em relação aos outros.

Apesar de seu caráter programático, o direito à saúde tem a eficácia plena, Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO (2014, p. 74) ensinam que as normas de eficácia plena são "idôneas para produzir todos os efeitos previstos, isto é, podem disciplinar de pronto as relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários". Mas Daniel Wunder HACHEM (2013, p. 106) critica a ideia do mínimo existencial no sentido de fornecer todo tipo de tratamento,

Colhendo-se o exemplo do direito à saúde, praticamente todos os tratamentos e medicamentos são criados para evitar a morte e eliminar a dor experimentada pelo cidadão. Por esse motivo, impende salientar que admitir a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial não significa aceitar a ideia de que o Estado deve manter todos os cidadãos vivos o tempo todo, protegendo cada um, singularmente, contra toda e qualquer intempérie da vida, especialmente pela via judicial.



Em julgado de relatoria do Desembargador Candido Alfredo Silva Leal Junior afirma que a vulnerabilidade financeira do paciente não é requisito para a concessão ou não de prestação de saúde, veja-se,

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. 1) União, Estados e Municípios são responsáveis solidários pelo fornecimento de prestações relacionadas à saúde. 2) A União tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação em que se postula o fornecimento de medicamento. 3) Faz jus ao fornecimento de medicamento o paciente que comprova a necessidade e a adequação de uso através da prova pericial. **4) A princípio, a hipossuficiência financeira do paciente não é requisito para a concessão ou não de prestação de saúde.** 5) Antecipação da tutela recursal mantida. 6) Suficiência da contracautela fixada na sentença. 7) Honorários advocatícios mantidos majorados, em atenção aos ditames do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC³⁰.

Diante de tal análise uma dimensão ampla do direito à saúde no TRF4, não limitando o direito à saúde a vulnerabilidade, mas sim a imprescindibilidade do medicamento.

3.1 NEGATIVAS DE FORNECIMENTO

Das decisões pesquisadas, foram encontradas apenas cinco negativas de fornecimento ou tratamento.

A primeira decisão negatória, trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interpostos em face de sentença que julgou procedente ação, determinando que os réus providenciem o procedimento cirúrgico indicado - descompressão do canal medular e posterior artrodese da coluna cervical - em unidade da rede pública de saúde ou conveniado ou, ainda, em estabelecimento privado, com a ementa a seguir,

³⁰ TRF4. Apelação/Reexame necessário n. 5019666-07.2011.404.7100/RS. Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Data: 22/07/2014.



ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE. TRATAMENTO DISPONIBILIZADO PELO SUS. AUSÊNCIA DE URGÊNCIA.

1. União, Estados e Municípios detêm legitimidade para figurar no polo passivo de ação onde postulado o fornecimento público de medicamentos.
2. Solidária a responsabilidade dos entes da Federação quanto ao fornecimento de medicamentos, é direito da parte autora litigar contra qualquer deles.
- 3. Não faz jus ao deferimento judicial de tratamento de saúde a parte que não demonstra a respectiva urgência a recomendar que se antecipe seu tratamento em detrimento de outros pacientes que aguardam em lista de espera.**
4. Caso em que a ausência de urgência na realização de procedimento cirúrgico disponibilizado pelo SUS foi demonstrada em prova pericial produzida nos autos³¹.

Em voto da Relatora Marga Inge Barth Tessler afirma que "não ficou demonstrada a urgência do procedimento, apesar da necessidade e o direito ao procedimento cirúrgico parecem evidentes". Segundo o perito, não há urgência de realização do procedimento.

5. Qual a urgência na realização da cirurgia?

R: Não se enquadra nos critérios de urgência, pelo constatado por ocasião da perícia médica, mas quanto antes for realizada, mais rápido o alívio da dor e melhora dos sintomas objetivos, com normalização das atividades da vida diária e laborativas.

E conclui seu voto da seguinte maneira,

Em suas contrarrazões, a parte autora afirma, ainda, aguardar o paciente na 73ª posição da fila de espera para a realização do procedimento. Nestes termos, por mais que o procedimento seja, de fato, imprescindível, não se mostra procedente a pretensão da parte em obter prontamente sua realização. Não havendo urgência na realização respectiva, descabe ao Judiciário determinar a realização de procedimento regularmente fornecido, antecipando o autor em uma lista de espera, o que, sem dúvida, prejudica todos aqueles 72 pacientes que aguardam o procedimento em sua frente. Apenas caso demonstrada a falta de previsão para a realização da cirurgia, somada com a urgência de sua realização, poder-se-ia cogitar em provimento judicial para promover essa alteração de posições na fila de espera.

Ficou demonstrado que apesar da realização do procedimento ser necessária, mas não urgente, não há justificativa para antecipar o lugar na fila de espera.

³¹ TRF4. Apelação/Reexame necessário n. 5000506-19.2013.404.7102/RS. Relator: Marga Inge Barth Tessler. Data: 11/07/2014.



A segunda decisão que nega fornecimento, Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar à União que adote as providências necessárias para o fornecimento contínuo à autora do medicamento Nexavar 200mg (Sorafenib). Assim ementado,

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO.

Não faz jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que deixa de demonstrar a respectiva imprescindibilidade, que consistiria na conjugação da necessidade e adequação do fármaco e da ausência de alternativa terapêutica³².

Em seu voto a Desembargadora afirma que no caso, "há comprovação de atendimento junto ao Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, onde há encaminhamento da paciente à unidade de saúde", mas atenta ao fato da prescrição, partir em atendimento aparentemente privado. Afirma que "não há informação a respeito do tratamento já realizado pela paciente ou sobre a existência de alternativas terapêuticas, seja disponibilizada por CACONS/UNACONS³³, seja de custo menos elevado" e conclui "assim, até que seja produzida prova capaz de atestar a imprescindibilidade do fármaco, deve ser suspensa a decisão que antecipou os efeitos da tutela."

Fica caracterizada a necessidade de demonstrar a imprescindibilidade do fármaco específico sobre o medicamento disponibilizado.

³² TRF4. Agravo de Instrumento n. 5015244-41.2014.404.0000/PR Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Data: 08/09/2014.

³³ UNACON são Unidades hospitalares que possuem condições técnicas, instalações físicas, equipamentos e recursos humanos adequados à prestação de assistência especializada de alta complexidade para o diagnóstico definitivo e tratamento dos cânceres mais prevalentes . Estas unidades hospitalares podem ter em sua estrutura física a assistência radioterápica ou então, referencialmente os pacientes que necessitarem desta modalidade terapêutica. já os CACON são Unidades hospitalares que possuem condições técnicas, instalações físicas, equipamentos e recursos humanos adequados à prestação de assistência especializada de Alta Complexidade para o diagnóstico definitivo e tratamento de todos os tipos de câncer . Estes hospitais devem, obrigatoriamente, contar com assistência radioterápica em sua estrutura física. (Ministério da Saúde, 2007).



A terceira decisão analisada, apelação interposta pela parte autora contra sentença que julgou improcedente o pedido de fornecimento de Hemina Humana (Normosang³⁴) para tratamento de porfiria intermitente aguda, devido ao indeferimento de seu registro junto à ANVISA. com a seguinte ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

Mantida sentença que julgou improcedente a ação, porque a prova pericial assentou a desnecessidade atual do medicamento postulado³⁵.

Da leitura do laudo pericial, verificou-se que o autor, antes do ajuizamento da ação, fez uso da medicação postulada em quadro de porfiria intermitente aguda, apresentando melhora. Contudo, no momento da perícia, apresentava-se assintomático, não se fazendo necessário o fármaco requerido para o controle da sua condição clínica. Concluindo o voto da seguinte maneira "diante desses dados, não há como acolher o pedido de fornecimento da medicação, mostrando-se, por conseguinte, desnecessárias maiores considerações sobre a possibilidade ou não de afastamento do óbice apontado na sentença".

O fornecimento do medicamento foi indeferido, pois no momento da perícia não apresentava sintomas, não sendo mais necessário tal medicamento.

A quarta decisão que negou à pretensão em que, o autor objetivava o fornecimento do medicamento Iressa, na dose de 250mg, por ser portador de neoplasia maligna pulmonar. Posteriormente, o autor informou que o seu médico suspendeu o uso da medicação pretendida e requereu o prosseguimento da demanda relativamente ao reembolso do valor de R\$17.396,00, pago em compras anteriores do medicamento. Afirma a Desembargadora que,

³⁴ A hematina/hemina, é produzida na Europa (Normosang) e nos Estados Unidos (Panhematin). Desde o dia 28 de Fevereiro de 2014 a ANVISA autorizou pela RDC 8, a inclusão da Hemina (hematina) na lista de medicamentos liberados para importação, em caráter excepcional, por hospitais, para uso exclusivo em pacientes (não se destinando a revenda ou comércio). Disponível em: <<http://www.porfiria.org.br/hematina.htm>> Acesso 20 set, 2014.

³⁵ TRF4. Apelação cível n. 5023890-94.2011.404.7000/PR, Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Data: 02/07/2014.



Não se está aqui simplesmente negando acesso do autor à assistência pública de saúde, por estar sob os cuidados de um médico particular, mas, sim, reconhecendo que, para a obtenção do tratamento oncológico pretendido, deve vincular-se a uma entidade credenciada do SUS e restar demonstrado a imprescindibilidade do medicamento para o tratamento postulado.

Afirma também a Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha que não restou "demonstrado que o medicamento postulado seria o mais adequado ao tratamento da moléstia do autor", pois "antes mesmos da realização da perícia médica tal fármaco foi suspenso por seu médico em razão do aumento considerável do tumor - após o uso do medicamento - e por falha na resposta". A ementa,

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. TRATAMENTO ONCOLÓGICO. SUBMISSÃO A TRATAMENTO EM CACON/UNACON. NECESSIDADE.

A legitimidade passiva de todos os entes federativos para ações que envolvem o fornecimento ou o custeio de medicamento resulta da atribuição de competência comum a eles, em matéria de direito à saúde, e da responsabilidade solidária decorrente da gestão tripartite do Sistema Único de Saúde (arts. 24, inciso II, e 198, inciso I, da Constituição Federal).

O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea d, da Lei n.º 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde.

Na área de Oncologia, o SUS é estruturado para atender de uma forma integral e integrada os pacientes que necessitam de tratamento de neoplasia maligna. Atualmente, a Rede de Atenção Oncológica está formada por estabelecimentos de saúde habilitados como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou como Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON). Os hospitais habilitados como UNACON ou CACON devem oferecer assistência especializada ao paciente com câncer, atuando no diagnóstico e tratamento. Essa assistência abrange sete modalidades integradas: diagnóstico, cirurgia oncológica, radioterapia, quimioterapia (oncologia clínica, hematologia e oncologia pediátrica), medidas de suporte, reabilitação e cuidados paliativos.

Em casos de medicamento par neoplasia, não se submetendo, o postulante, a tratamento perante um CACON ou UNACON, inviável que exija destes apenas o fornecimento do medicamento.

***In casu*, o autor não se submeteu a tratamento junto a um CACON ou UNACON, tampouco restou comprovada a imprescindibilidade do fármaco postulado³⁶.**

Restou demonstrado que é inviável exigir apenas o fornecimento do medicamento

³⁶ TRF4. Apelação cível n. 5070356-06.2012.404.7100/RS Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data: 01/07/2014.



perante um CACON ou UNACON não se submetendo ao tratamento e também não restou demonstrado a necessidade do medicamento específico.

A quinta decisão, trata de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando que os réus (União, Estado do Rio Grande do Sul, Município de Guaíba) forneçam ao autor os medicamentos Ambrisentana (Volibris) e Epoprostenol (Flolan), foi concedido o efeito suspensivo,

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA.

O registro do medicamento na Anvisa, atestado de segurança e eficiência, é requisito indispensável para a respectiva concessão judicial.³⁷

O medicamento Epoprostenol³⁸, conforme informação da própria prescrição, o uso do medicamento não está autorizado no país, dependendo de importação. A exigência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária para o deferimento judicial de medicamentos é matéria cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, consoante se observa:

SAÚDE. MEDICAMENTO. FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONFIGURAÇÃO. **Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.**

(RE 657718 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012).

Afirma a Desembargadora Marga Inge Barth Tessle que o Poder Judiciário está impedido de intervir na política pública de saúde,

³⁷ TRF4. Agravo de instrumento n. 5007323-31.2014.404.0000/RS. Relator: Marga Inge Barth Tessler. Data: 13/06/2014.

³⁸ O medicamento Epoprostenol foi aprovado para tratamento para Hipertensão Arterial Pulmonar pela United States Food and Drug Administration (FDA) em 1995. Disponível em: <http://www.phassociation.org/Patients/Treatment/Epoprostenol>. Acesso 19 set. 2014.



Até o pronunciamento daquela Corte a respeito da matéria e melhor refletindo sobre o tema, tenho que está o Poder Judiciário impedido intervir na política pública de saúde, determinando o fornecimento de fármaco não regularmente disponibilizado pelo Sistema Única de Saúde, quando sequer há registro no órgão de vigilância sanitária competente.

E conclui afirmando que o registro no órgão de vigilância sanitária é necessário,

É o registro no órgão de vigilância sanitária que atesta a segurança e eficiência do produto posto à disposição do público. Sem o devido controle pelos órgão de vigilância sanitária, além de intervir na política pública de saúde, como já vem fazendo em um processo hoje conhecido como judicialização da saúde, também passaria a dispor a respeito da segurança de medicamentos ainda não incorporados ao mercado interno. Resta evidente que se trata de uma limitação à concessão judicial de medicamentos.

Em mesmo sentido, entendimento de Gilmar Ferreira Mendes na STA³⁹ 175, "como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA". Sendo que o registro na ANVISA "configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação". Mas afirma a hipótese de medicamentos não registrados não é uma regra absoluta⁴⁰,

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de "registro" medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

³⁹ STF, STA 175, Julgamento 16/06/2009. DJe 25/06/2009.

⁴⁰ Pode-se citar o exemplo do Canabidiol, apesar do componente ser proibido no Brasil, estudos têm mostrado a eficácia dele no tratamento de quadros graves de convulsão e outras doenças raras. A substância é aprovada nos Estados Unidos e em alguns países da Europa. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/08/anvisa-autorizou-37-pedidos-de-importacao-de-canabidiol-em-cinco-meses-4575123.html>> Acesso em 20 set. 2014.



Hipótese esta que deveria ser mais considerada, pois tais medicamentos são aprovados em diversos órgãos de controle em outros países, o que seria um grande indício de sua eficácia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ingresso em juízo com o objetivo de fornecimento de medicamentos é uma realidade, após 25 anos sob a Constituição de 1988 afirmar a saúde como "direito de todos e dever do Estado". Há o problema da limitação orçamentária, em que a concretização de tal direito estaria limitada a condições materiais de efetividade. Demonstrou-se o posicionamento consolidado sobre a possibilidade do Judiciário fazer o controle de políticas públicas.

Pela pesquisa realizada, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem um posicionamento amplamente favorável ao fornecimento judicial de medicamentos diante da ineficácia de políticas públicas, desde que presentes a imprescindibilidade do fármaco, adequação ao tratamento e ausência de alternativas terapêuticas.

Notou-se a relevância do direito à vida e à saúde, com ampla prevalência sobre a possibilidade orçamentária e o impacto financeiro das decisões, a proteção ao mínimo existencial, não como mera sobrevivência, mas como realização de direitos também restou demonstrada. A norma constitucional não deve ter sua efetividade reduzida a mera norma programática, mas sim de eficácia plena.

Durante o período de análise de jurisprudência, foram encontradas apenas 5 decisões (3 apelações e 2 agravos de instrumento) negando a pretensão, quatro decisões foram em razão de não demonstrada a urgência, imprescindibilidade ou a necessidade do medicamento, apenas uma negou a pretensão sob o fundamento de registro na ANVISA, apesar de aprovado em outros países. Em nenhuma delas se verificou a improcedência em virtude da reserva do possível, pois a alegação genérica de limitação orçamentária não é suficiente para a não efetivação do direito.

5 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101-132.

BLANK, Dionis Mauri Penning. A constitucionalização do direito e sua evolução na matéria ambiental. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, Vol. VIII, n. 1, p. 53-75, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/35663>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca da preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Onde se tratar de câncer pelo SUS**, 2007. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/dicas/133cancer_sus.html>. Acesso em: 12 out. 2014.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os direitos humanos na execução penal e o papel da Organização dos Estados Americanos**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2014.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fadir/article/view/10711> > Acesso em: 20 set. 2014.

CATTONI, Marcelo. Jurisdição constitucional, democracia e judicialização da política: considerações a partir da pec n. 3, de 10 de fevereiro de 2011. **Revista Brasileira de Direito/IMED**, Passo Fundo, Vol. 9, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/520>> Acesso em: 20 set. 2014.

COSTA, Daniela Fernanda. **Os direitos fundamentais sociais como expressão do bem comum: em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde**. Porto Alegre, 2008. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 104 f.

FERRARO, Suzani Andrade. **O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



HIROSE, Tadaaqui. Prefácio. **Revista do Tribunal Regional Federal de 4ª Região**. Porto Alegre, ano. 25, n. 85, p. 17-20, 2014.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

EMERIQUE, Lilian Balmant; FERNANDES, Bárbara de Souza; GANDELMAN, Bernard ; SOUZA, Maíra Sirimaco Neves de. Reflexões sobre o exame jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12076&revista_caderno=9>. Acesso em: 10 ago. 2014.

FORTES, Cristina Lazzarotto; CASTALDELLOA, Jaqueline Longhi; GAZZONIB, Tainara; BORNC, Morgana. Reserva do possível: o estado provedor e a problemática do mínimo existencial aplicados ao direito previdenciário. In: I Congresso de Pesquisa e Extensão da FSG, 2013, Caxias do Sul. **Anais I congresso de pesquisa e extensão da FSG**. Caxias do Sul: FSG, 2013. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/pesquisaextensao/issue/view/77>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

GOTTLIEB, Gabriele. **Judicialização dos direitos sociais**: as ações coletivas que demandam políticas públicas no foro central de porto alegre. Porto Alegre, 2011. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 123 f.

HACHEN, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 40, p. 40-141, ago./out. 2013. Disponível em: < <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 19 set. 2014.

KRÄMER, Ana Cristina. O Poder Judiciário e as ações na área da saúde. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.15, novembro 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm> Acesso em: 11 jun. 2014.

MACHADO, Janaina Cassol. A concretização do direito à saúde sob o viés do fornecimento de medicamentos não inclusos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais – RENAME. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Janaina_Machado.htm> Acesso em: 11 jun. 2014.



MADERS, Angelita Maria. O direito à saúde no estado democrático de direito brasileiro. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 33, p. 19-37, jan./jun. 2010. Disponível em: < <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1691>>. Acesso em: 12 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2014.

Projeto de Criação da Primeira Coorte Brasileira de Acesso Judicial a Medicamentos no Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em <<http://www.princeton.edu/grandchallenges/health/research>> Acesso em: 20 set. 2014

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. Entrevista. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 19 set. 2014. *Justiça & Direito*, n. 125, p. 5.

RECK, Janriê Rodrigues; VICENTE, Jacson Bacin. Ativismo judicial: uma forma de controle social? **Revista Brasileira de Direito/IMED**, Passo Fundo, Vol. 8, nº 1, p. 125-140, jan./jun. 2012. Disponível em: < <http://www.seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/281>>. Acesso em: 18 set. 2014.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. Judiciário e políticas públicas: a concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 19-32, 2010. Disponível em: < http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/118> Acesso em: 10 out. 2014.

ROCHA. Cármen Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. *Revista CEJ, Brasília*, vol. 1, n. 3, set./dez, 1997. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 12 out. 2014.

ROCHA, Eduardo Braga. A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=9>. Acesso em: ago 2014.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.



_____. A lei fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça/PUCRS**, Porto Alegre, Vol. 7, p. 89-95, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/7_Artigo_4.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

SAVARIS, José Antônio; ROCHA, Daniel Machado. **Curso de direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

ZANDONÁ, Fernando. Política nacional ou judicial de medicamentos?. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 23, abr. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm> Acesso em: 11 jun. 2014.

