

**A SAÚDE NAS BARRAS DA JUSTIÇA:
UM ESTUDO DO POSICIONAMENTO RECENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL^(*)**

*HEALTH IN FRONT OF JUSTICE: A STUDY ABOUT THE RECENT
POSITION OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT*

*Marco Aurélio Antas Torronteguy^(**)*

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente os argumentos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, em que se discutiu o papel do Poder Judiciário em face das ações judiciais em que se pleiteia, individualmente, a realização do direito à saúde. A judicialização da saúde comporta uma tensão entre, de um lado, o papel do Poder Executivo para desenhar e pôr em marcha políticas públicas para acesso à saúde e, de outro lado, os deveres – e limites – do Judiciário para fazer valer o direito sempre que a sociedade e a cidadania se sentirem alijadas do exercício deste direito fundamental. A decisão em comento procura estabelecer balizas para o enfrentamento dessa tensão, esquadrihando as possibilidades de atuação judicial em face da ausência ou do descumprimento de políticas de saúde pública. Antes de analisá-la mais detalhadamente, entretanto, é importante situar o debate em torno do reconhecimento do direito à saúde e da atuação do STF, com algumas referências a decisões anteriores deste mesmo Tribunal.

(*) *Nota do editor: O voto completo do então Presidente do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes está disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Assim, todos os trechos deste voto elencados no decorrer deste comentário podem ser consultados no endereço eletrônico mencionado.*

(**) *Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; mestre pela Universidade Federal de Santa Maria, pela UFSM (2006); pesquisador do CEPEDISA e do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da USP. E-mail: <marcoaurelio@usp.br>.*

Recebido em 11.05.10. Aprovado em 25.05.10.

I. A SAÚDE CONQUISTA O DIREITO

Em recente obra que sintetiza didaticamente o direito sanitário, Dallari e Serrano asseveram que apenas com a Constituição de 1988 a saúde foi reconhecida como um direito fundamental. Antes disso, a saúde, vista como prestação previdenciária, só estava ao alcance daqueles que contribuíam para a previdência social e seus dependentes, o que significava a exclusão de imensa quantidade de pessoas⁽¹⁾.

Portanto, a inclusão do direito à saúde no rol dos direitos sociais, no art. 6º da Constituição Federal, significou importante avanço do direito brasileiro. Esse largo passo foi o resultado do intenso movimento social pela reforma sanitária, que desde os anos 1970 refletia sobre as iniquidades do acesso à saúde no Brasil. O art. 196, por sua vez, dá os contornos constitucionais para a realização deste direito fundamental:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁽²⁾

Uma vez positivado constitucionalmente, o direito à saúde, estendido a todos, passou a ser reivindicado judicialmente como direito subjetivo público, contra o Estado. Neste ponto, é importante recordar que o direito, além de regulador, é também uma forma de representação da sociedade e, mais do que isso, ele é um instrumento de transformação social. Esse papel transformador é cumprido quando, por exemplo, o direito veicula políticas públicas, as quais existem para efetivar direitos fundamentais, como o direito à saúde.

O STF tem compartilhado essa percepção ao afirmar que o art. 196 constitucional “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente”, de modo que “o sentido de fundamentalidade do direito à saúde (...) impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva”⁽³⁾. *In casu*, estava sendo analisada a possibilidade de obrigar o Município a fornecer medicamentos gratuitamente à pessoa de poucas posses. E o STF confirmou a fórmula constitucional do *dever do Estado* em sentido pleno, ou seja, em todas as esferas federativas, inclusive a municipal.

Neste sentido, a *omissão* do Poder Público, em face do dever de implementar políticas públicas, constitui-se “grave comportamento

(1) DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, V. S. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 67, 68, 72, 73.

(2) BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º maio 2010.

(3) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8-RS. 2ª Turma. Min. Rel. Celso de Mello. Acórdão de 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 1º maio 2010.

inconstitucional⁽⁴⁾. A Constituição, no que concerne à saúde e aos direitos sociais de modo geral, estabelece um “imperativo de solidariedade social”⁽⁵⁾ que corresponde ao *direito público subjetivo*⁽⁶⁾ à saúde. A afirmação da saúde como direito fundamental individualmente exigível, inclusive judicialmente, contra o Poder Público, confirma a autonomia do direito sanitário e sua função social transformadora. Neste sentido, a Constituição estabeleceu o desafio da universalidade da saúde, pois se trata de um *direito de todos*.

E o STF confirmou esse entendimento, quando afirmou que o argumento da falta de recursos financeiros não se sobrepõe ao dever de garantir direitos correlatos à dignidade humana. Neste caso, discutia-se, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a possibilidade de o Judiciário interferir em políticas públicas. Embora o caso já estivesse prejudicado, o Min. Celso de Mello fez questão de firmar o entendimento de que existe uma importante *dimensão política* na jurisdição constitucional e que a ADPF é “instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas”⁽⁷⁾. O STF foi cuidadoso ao tomar essa posição, afirmando que cabe ao Judiciário agir quando forem descumpridas as políticas públicas que forem constitucionalmente determinadas. Ou seja, não lhe cabe ordinariamente *formular* ou *implementar* políticas públicas, mas lhe cabe *agir se e quando* o Executivo, por ação ou omissão, comprometer a efetividade dos direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais como o direito à saúde. Neste sentido, uma terceira decisão do STF deve ser mencionada, por afirmar que deve prevalecer “o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde”, de modo que esse direito fundamental “não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas”⁽⁸⁾.

Especialmente acerca do argumento da falta de recursos, o STF já decidiu que o binômio entre a *razoabilidade da pretensão* e *disponibilidade financeira do Estado* jamais pode ser operado em detrimento da dignidade humana:

(...) a cláusula da reserva do possível — ressaltada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta

(4) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8-RS, cit.

(5) Id., loc. cit.

(6) Afinal, há o “poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional” — Id., loc. cit.

(7) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 – DF. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática de 29 de abril de 2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF\\$.SCLA.%20E%2045.NUME.%29&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF$.SCLA.%20E%2045.NUME.%29&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 1º maio 2010.

(8) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 226.835-6-RS. 1ª Turma. Min. Rel. Ilmar Galvão. Acórdão de 14 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251894>>. Acesso em: 1º maio 2010.

governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁽⁹⁾

Essas referências a decisões anteriores do STF e ao caráter fundamental do direito à saúde são importantes para situar a discussão em torno da recente decisão do Supremo, a seguir comentada. É importante ter em vista que, atualmente, o tradicional princípio da supremacia do interesse público deve ser interpretado pelas lentes dos direitos fundamentais, como supremacia dos direitos elementares para a realização do princípio da dignidade humana. Ou seja, hoje, o interesse público que deve preponderar é o da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Neste sentido, a doutrina contemporânea dos direitos humanos e fundamentais propõe que seja prestigiada a racionalidade material dos direitos sociais. Com isso, pretende-se que o direito deixe de atender, preponderantemente, à racionalidade formal do positivismo kelseniano. *Ferrajoli*, por exemplo, constrói sua teoria do garantismo⁽¹⁰⁾ propondo, explicitamente, a superação do paradigma de um direito formal, ao vincular a existência de direitos ao estabelecimento de garantias. *Courtis* e *Abramovich*, por seu turno, sustentam a justicialidade dos direitos sociais e o dever estatal de realização material desses direitos⁽¹¹⁾.

Neste contexto, o Judiciário se vê ocupado com inúmeras ações judiciais contra o Poder Público pedindo acesso a bens e serviços de saúde. Entre o dever de dizer o direito e o argumento de que políticas públicas são de competência do Executivo, o Supremo ouviu a sociedade, por meio de audiência pública. Em sua recente decisão, o mais elevado Tribunal brasileiro procura dialogar com a sociedade, com o Poder Público e com os pacientes, para delinear as balizas para a atuação dos juízes ao fazer valer o mandamento constitucional de que saúde é *dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas*.

II. O JUDICIÁRIO CONQUISTA A SAÚDE?

Em 17 de março de 2010, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu Agravo Regimental interposto pela União contra decisão da Presidência do Tribunal tomada em sede de Suspensão de Tutela Antecipada. Neste caso, a União pediu a suspensão de decisão da Justiça Federal que concedera a

(9) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 — DF. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática de 29 de abril de 2004, cit.

(10) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

(11) ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

uma jovem de Fortaleza, no Estado do Ceará, o direito de receber do Poder Público medicamento⁽¹²⁾ de alto custo para tratamento de patologia neurodegenerativa rara chamada Niemann-Pick Tipo C.

A decisão do STF, unânime nos termos do voto do Ministro Relator, rejeitou o recurso da União, mantendo a decisão que concedera o acesso individual ao medicamento de alto custo. Em suma, do voto proferido por Gilmar Mendes podem ser destacadas duas importantes contribuições para o aperfeiçoamento do direito sanitário brasileiro: uma confirmação e uma novidade. Por um lado, confirmou-se o entendimento de que o *dever de Estado* mencionado no art. 196 da Constituição Federal comporta uma obrigação solidária⁽¹³⁾ entre os entes federativos, em favor inclusive de demandas individuais. Por outro lado, procurou-se estabelecer parâmetros para a solução judicial das demandas sobre acesso à saúde. Cumpre analisar as duas contribuições separadamente.

Antes de seguir, é importante referir que esta não é a primeira vez que, ao enfrentar o tema da judicialização de políticas públicas de saúde, o Ministro Gilmar Mendes analisa com precisão as normas pertinentes ao caso concreto, inclusive a própria política de saúde⁽¹⁴⁾. Esse precedente, comentado em Editorial da Revista de Direito Sanitário, destacou-se por percorrer o caminho — fático e legal — desde a norma constitucional até o texto da política pública. Na vanguarda da discussão sobre o tema está a percepção de que o profissional do direito contemporâneo deve conhecer minuciosamente a teia normativa do direito sanitário, inclusive a imensidão de normas que estão contidas na franja infralegal dos atos normativos que concretizam as disposições legais e constitucionais do direito à saúde⁽¹⁵⁾.

1. Saúde: direito público subjetivo e obrigação solidária dos entes federativos

O voto do Ministro Relator reconhece que o debate em torno do direito à saúde, direito prestacional que é, encerra uma tensão entre o *mínimo existencial* — preocupação com a dignidade humana — e a *reserva do possível* — consciência dos custos públicos decorrentes dos direitos. Ao mesmo tempo, o voto retoma a doutrina alemã que considera que a proteção dos direitos

(12) Tratou-se do medicamento Zavesca, cujo princípio ativo é o miglustat, produzido pela empresa Actelion.

(13) Obrigações solidárias são, de acordo com a lei civil brasileira (art. 264 do Código Civil), aquelas em que qualquer um dos devedores (solidariedade passiva) é obrigado a pagar o todo. *Mutatis mutandis*, também há a solidariedade ativa, quando qualquer um dos credores pode reclamar o todo. No contexto do direito sanitário, se está a discutir a solidariedade passiva entre os entes federativos.

(14) Ver: JURISPRUDÊNCIA e ementário: STF, processo STA n. 277-AL (julgamento: 1º dez. 2008). *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 264-276, mar./jul. 2009.

fundamentais inclui não somente a *proibição de excesso* — própria para tutelar direitos individuais de liberdade — mas também a *proibição de proteção insuficiente* — que abre espaço para a tutela individual do direito subjetivo público de acesso à saúde.

Ocorre que a proteção suficiente do direito à saúde é definida de pessoa para pessoa conforme o processo saúde-doença individual. Deste modo, é importante que o voto do Relator tenha consignado que, em matéria de direitos sociais, o Estado deve para cada pessoa na medida das suas necessidades. Em outros termos, trata-se do princípio da equidade, que traduz o dever de dar a cada pessoa segundo a sua necessidade. Na lição de Fernando Aith:

No Direito Sanitário, fala-se sobre a aplicação do princípio da igualdade no que se refere, por exemplo, às ações e serviços de medicina preventiva, de vigilância sanitária e epidemiológica. Essas ações e serviços devem ser distribuídos igualmente a todos, sem distinção. No entanto, quando nos referimos à medicina curativa, às ações e serviços de saúde voltados à recuperação da saúde, é preferível nos referirmos ao princípio da equidade: permitir a cada um, em função de sua liberdade, de se beneficiar dos serviços de saúde de que necessita.⁽¹⁶⁾

Essa precisa distinção – e correlação – entre os princípios da *igualdade* e da *equidade* indica que o direito à saúde opera tanto na dimensão individual como na dimensão social dos direitos humanos e fundamentais. Essa é a chave para compreender a saúde como um *direito público subjetivo*. Em outros termos, ele é, a um só tempo, um direito de liberdade e um direito de igualdade. Com relação a isso, *Sueli Gandolfi Dallari* leciona o seguinte:

a saúde, definida como direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais (...)

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção (...)

Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade (...)

O direito à saúde ao apropriar-se da liberdade e da igualdade caracteriza-se pelo equilíbrio instável desses valores.⁽¹⁷⁾

O voto do Ministro Gilmar Mendes confirma a saúde como direito que se realiza tanto social como individualmente. Ademais, ratifica que a obrigação estatal de prestar serviços de saúde é solidária entre as esferas federativas da União, dos Estados e dos Municípios. Particularmente com

(15) Ver: DALLARI, Sueli Gandolfi. Editorial. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 8-9, mar./jul. 2009.

(16) AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

(17) DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista de saúde pública*. São Paulo, v. 22, n. 1, p. 59, fev. 1988.

relação ao argumento em sentido contrário, o voto ponderou que a descentralização dos serviços no sistema de saúde, com o fim de aumentar a qualidade e de ampliar o acesso, não indica a inexistência de solidariedade, mas, bem ao contrário, confirma que a obrigação dos entes federativos é solidária. Trata-se de importante contribuição jurisprudencial para interpretar o art. 23, inciso II, da Constituição Federal, de acordo com a lógica constitucional de proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, de acordo com este dispositivo constitucional, “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esse entendimento já fora manifestado pelo Judiciário, inclusive pelo próprio STF, em decisões anteriores. Igualmente, a literatura especializada em Direito Sanitário já sustentava que o art. 196 constitucional impõe *solidariamente* — entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios — o *dever* de garantir a *todos* o acesso aos produtos e serviços necessários à saúde.

2. PARÂMETROS PARA SOLUÇÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE

Além de confirmar a saúde como direito subjetivo público correlato a um dever estatal que comporta uma obrigação solidária entre os entes federativos, o voto do Ministro Gilmar Mendes assume o papel de baliza para o tratamento pelo STF, e pelo Judiciário em geral, do tema da judicialização da saúde. Com efeito, o voto em comento esmiúça os elementos jurídicos do art. 196 da Constituição Federal.

O primeiro aspecto a ser observado é que o direito à saúde, como a quase totalidade dos direitos, não é absoluto, portanto é razoável estabelecer a premissa de que deve haver limites para a concessão de serviços ou bens pleiteados individualmente em nome do direito à saúde. Dialeticamente, não obstante não seja absoluto, no espaço em que for aplicável, o direito à saúde deve ser realizado em plenitude, o que pressupõe o poder-dever de impor judicialmente o cumprimento da obrigação estatal em matéria de saúde. Neste particular, é importante referir as seguintes palavras da decisão ora analisada:

esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Deste modo, o que existe, *a priori*, é o dever estatal de promover políticas públicas que realizem o mandamento constitucional de garantir a todos o acesso aos bens e serviços de saúde necessários para cada situação particular, em todos os níveis de atenção. Trata-se do princípio da integralidade. Ocorre que o Poder Público, ao projetar e concretizar as políticas públicas de saúde, administra recursos orçamentários limitados, realidade que não é desconsiderada pela decisão ora comentada. Em função disso, o voto do Relator estabeleceu outra premissa, a saber:

a garantia judicial da prestação individual de saúde, prima facie, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

Por certo, o Judiciário tem seu papel a cumprir quando se verificar o mau funcionamento — ou mesmo o não funcionamento — do SUS. Do mesmo modo, essa ilegalidade cometida, ainda que por omissão, pelo Poder Público, deve ser demonstrada pela pessoa que litigar individualmente. Não obstante isso, para que não seja esvaziado o sentido do direito à saúde como direito humano fundamental, o Judiciário deve ponderar sempre que estabelecer critérios para a concessão/denegação dos pedidos individuais. Esses critérios não poderão jamais impossibilitar a tutela jurisdicional do direito à saúde. Aliás, o voto de Gilmar Mendes reitera que, na ordem constitucional brasileira, tanto os direitos individuais como os direitos sociais — inclusive o direito à saúde — são igualmente direitos fundamentais com aplicação imediata, por força do §1º do art. 5º da Constituição Federal.

O voto ora analisado apresenta um importante diagnóstico do direito sanitário brasileiro, quando afirma que, em boa medida, existem políticas públicas e regras definidas, sendo que o problema está principalmente na implementação dessas políticas. Ou seja, “o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados”.

É importante perceber que essa conclusão se dá com base dos debates que ocorreram no Tribunal por ocasião da Audiência Pública sobre Saúde, convocada para fazer ouvir a sociedade, o meio acadêmico e órgãos de Estado e de governo em razão do crescente número de demandas judiciais em torno da tutela individual do direito à saúde. Neste sentido, a judicialização da saúde é, também, um laboratório da democracia brasileira. Se é certo que a democracia que se quer não é apenas a democracia formal do voto periódico e obrigatório, então há que se querer democratizar todos os espaços públicos de decisão, o que inclui democratizar o Poder Judiciário.

Particularmente no que toca ao direito à saúde, é importante recordar que seu reconhecimento pela Constituinte de 1988 foi resultado do processo social do movimento sanitarista dos anos 1970 e 1980. Desde então, a

democracia sanitária é um princípio ordenador do direito sanitário brasileiro⁽¹⁸⁾. E o debate continua atual, por exemplo, nas discussões fomentadas pela inclusão da saúde no projeto *Direito Achado na Rua*⁽¹⁹⁾. Portanto, considerando o necessário elemento democrático que deve orientar o debate público em torno da judicialização da saúde, é relevante que a audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal tenha repercutido no conteúdo da decisão prolatada.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

A partir desse diagnóstico, o voto de Gilmar Mendes definiu o primeiro elemento a ser considerado pelo julgador diante de um pedido individual de tutela do direito à saúde: verificar se existe política pública que diga respeito à prestação de saúde pleiteada no caso concreto. Na hipótese de que haja a política estatal específica, o Judiciário deve fazê-la cumprir e, neste caso, não há que falar em interferência judicial na esfera administrativa, pois o julgador não estará criando a política, apenas ordenando o seu devido cumprimento.

Por outro lado, na hipótese de não haver *in casu* política de saúde específica com relação ao pedido judicial individualmente formulado, outros elementos devem ser considerados. Ainda segundo o voto ora analisado, nesta hipótese, três situações são possíveis: vedação legal para o fornecimento do medicamento, decisão do próprio SUS de não fornecê-lo e, enfim, omissão legislativa ou administrativa.

Primeiramente, pode ser o caso de expressa proibição legal para o fornecimento do medicamento pleiteado. Novamente evocando a audiência pública, o voto do Relator refere que “é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA”, segundo o art. 12 da Lei n. 6.360/76. E conclui que, regra geral, “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”. Não obstante, esse critério pode ser excepcionado, quando a própria legislação abrir exceções à necessidade de registro⁽²⁰⁾.

(18) Sobre isso, ver: AITH, Fernando. op. cit., p. 71-75.

(19) SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD; UNB, 2008.

(20) É o que ocorre, por exemplo, com a aquisição de medicamentos por meio de organizações internacionais intergovernamentais (art. 8º, § 5º, da Lei n. 9.782/99).

Em segundo lugar, pode ter havido decisão administrativa de não fornecer a prestação reivindicada. Aqui, terá havido decisão do SUS de não custear, ou não fornecer, o tratamento pretendido, por não estar seguro dos efeitos do mesmo. Neste particular, o voto de Gilmar Mendes faz outra distinção.

Em algumas situações, pode haver o fornecimento pelo SUS de tratamento alternativo, mas que não seja adequado para a concreta situação do paciente. Com relação a isso:

em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Em outras, pode ser que o SUS não ofereça nenhuma alternativa de tratamento. Então, o voto analisado distingue a situação em que a pessoa pleiteia participar de um tratamento puramente experimental de outra situação, na qual a pessoa pretende acesso a medicamento que já passou pelos testes clínicos, mas que ainda não foi incorporado pela política de medicamentos do SUS. No caso de tratamento experimental durante testes clínicos, o voto do Ministro Gilmar Mendes é enfático ao afirmar que o SUS não pode ser obrigado a custear a participação de pacientes em testes clínicos da indústria farmacêutica, sendo que essa participação se dá de acordo com as regras para a pesquisa médica, havendo o dever de o laboratório de pesquisa continuar fornecendo o medicamento para o paciente mesmo após o término dos testes clínicos. No entanto, no caso de medicamentos novos ainda não incorporados à política pública de acesso a medicamentos:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais

como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.”

Este, talvez, seja um dos aspectos da decisão comentada que tragam maior polêmica. Aqui, o voto sugere, literalmente, que haja maior rigor para a concessão de medidas liminares contra o Poder Público em ações judiciais para acesso a medicamentos. Em realidade, um balanço dos parâmetros de decisão delineados pelo voto de Gilmar Mendes indica uma tendência de restrição das hipóteses de concessão liminar da tutela judicial.

Com efeito, ficou claro que: (1) medicamentos sem registro, a princípio, não devem ser fornecidos pelo SUS; (2) medicamentos em fase de testes clínicos na indústria farmacêutica não podem ser exigidos do Poder Público; e (3) medicamentos novos ainda não incorporados à política pública de acesso a medicamentos podem ser concedidos, mas, a princípio, apenas após dilação probatória. Sobram as situações em que: (1) a política pública é clara com relação às prestações que o Poder Público se comprometeu a dar, sendo que neste caso, sem dúvida, o cumprimento fiel da política de saúde deve ser garantido pelo Judiciário, inclusive liminarmente; (2) a política pública não oferece tratamento requerido, mas oferece tratamento alternativo, quando será dada preferência ao tratamento pelo SUS, exceto se for provado que, para o paciente, em seu caso específico, este tratamento alternativo é inadequado e o tratamento negado é o pertinente.

Por fim, pode ser que se trate de omissão administrativa ou legislativa. No primeiro caso, volta-se à situação referida logo acima, dos medicamentos novos ainda não incorporados aos protocolos terapêuticos do SUS. A última hipótese, de omissão *legislativa*, não foi enfrentada diretamente nas razões do voto ora analisado. Não obstante isso, é importante refletir sobre as consequências da omissão do legislador, considerando, por um lado, a pouca efetividade do *mandado de injunção* no direito brasileiro e, por outro, as necessidades concretas de atuação legislativa, como é o caso da regulamentação da Emenda Constitucional n. 29 sobre o financiamento da saúde pública.

De todo modo, lê-se no voto do Relator que o alto custo não é, *de per se*, motivo para o não fornecimento do medicamento pelo Poder Público. E cabe ao Executivo comprovar que haveria *grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas* na hipótese de concessão da tutela jurisdicional pretendida pelo paciente. Assim, o argumento da falta de recursos financeiros não é suficiente para impedir a tutela individual do direito à saúde. Isso fica muito claro no voto do Ministro Celso de Mello, que textualmente afirma que o interesse financeiro do Estado é secundário e não sobrepõe o interesse maior que é a plena realização dos direitos fundamentais, inclusive o direito à saúde. Ainda segundo o voto de Celso de Mello, a *reserva do possível* não pode servir como argumento para o Estado violar os direitos

fundamentais⁽²¹⁾. Enfim, em razão do princípio da proteção da dignidade humana, é razoável sustentar que, havendo dúvidas sobre a decisão correta a ser tomada, será o caso de conceder a tutela individualmente pretendida, por aplicação do critério de primazia dos direitos fundamentais.

Outro critério — que, aliás, foi muito bem lembrado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto — é o da *proibição de retrocesso* em matéria de proteção de direitos fundamentais. Este pode ser um poderoso argumento para impedir que se retroceda no acesso a medicamentos no Brasil, na hipótese de rigorosa aplicação dos parâmetros delineados no voto do Ministro Gilmar Mendes e de recrudescimento dos limites para a tutela individual do direito à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O voto do Ministro Gilmar Mendes apresenta importante diagnóstico do direito sanitário brasileiro, duas décadas depois do reconhecimento constitucional da saúde como direito fundamental e do início da implantação do SUS: muitas vezes as políticas públicas de saúde existem, mas não são efetivadas. Ademais, a decisão do STF confirma que o direito à saúde implica responsabilidade solidária entre a União, o Estado e o Município. Para o cumprimento dessa obrigação pela via judicial, concretamente, devem ser atendidos, segundo a decisão em comento, certos parâmetros que devem conduzir a decisão judicial. Tais critérios não são de cumprimento obrigatório, ou seja, não vinculam as decisões dos magistrados que, diariamente, em todos os cantos do país, trabalham em processos envolvendo o direito à saúde. Não obstante isso, essas balizas, apresentadas com ponderação no voto do Ministro Relator, significam um passo importante para o aperfeiçoamento do direito sanitário. Sua maior contribuição é refinar a técnica jurídica para a aplicação do mandamento constitucional de que saúde é *direito de todos e dever do Estado*. Uma vez delimitados tais parâmetros, o grande desafio é aplicá-los. Com sabedoria, o voto de Gilmar Mendes assevera que se trata de um enfrentamento casuístico, sem respostas definidas *a priori*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

(21) BRASIL. op. cit.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 (Ceará). Acórdão de 17 de março de 2010. Publicado em 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 1º maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8-RS. 2ª Turma. Min. Rel. Celso de Mello. Acórdão de 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 1º maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 – DF. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática de 29 de abril de 2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF\\$.SCLA.%20E%2045.NUME.%29&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF$.SCLA.%20E%2045.NUME.%29&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 1º maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 226.835-6-RS. 1ª Turma. Min. Rel. Ilmar Galvão. Acórdão de 14 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251894>>. Acesso em: 1º maio 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Editorial. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 7-11, mar./jul. 2009.

_____. O direito à saúde. *Revista de saúde pública*. São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988.

_____; NUNES JÚNIOR, V. S. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

JURISPRUDÊNCIA e ementário: STF, processo STA n. 277-AL (julgamento: 1º dez. 2008). *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 264-276, mar./jul. 2009.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD; UNB, 2008.