

# TRABALHOS FORENSES / CASE STUDIES

## *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N. 91*

---

RELATORA: Ellen Gracie

ORIGEM: Alagoas

REQTE.(S) : Estado de Alagoas

ADV.(A/S) : PGE-AL — Germana Galvão Cavalcanti Laureano

REQDO.(A/S) : Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (Agravo Regimental em pedido de suspensão de efetivação de Antecipação de Tutela n. 2006.002444-8)

INTDO.(A/S) : Ministério Público do Estado de Alagoas

DATA DO JULGAMENTO: 26.2.07

### DESPACHO

1. O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92 e no art. 1º da Lei n. 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n. 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23/26). O requerente sustenta, em síntese: a) cabimento do presente pedido de suspensão, visto que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizada perante aquela Corte estadual (fls. 88/94), negando seguimento ao agravo regimental intempestivamente interposto (fls. 110/112) e, posteriormente, ao próprio pedido de reconsideração (fls. 116/118); b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a liminar impugnada é genérica ao determinar que o Estado forneça todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de “(...) medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regula o serviço, (...)” (fl. 08). Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade

com a Lei n. 8.080/90 e pela Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde; c) existência de grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais. 2. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Barros Monteiro, ao afirmar que a causa de pedir, na ação ordinária, ostenta índole constitucional, porque envolve a interpretação e aplicação dos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição Federal negou seguimento ao pedido e determinou o envio dos presentes autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 121/122). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento do pedido (fls. 128/134). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c. art. 25 da Lei n. 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei n. 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem

observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n. 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie, Presidente.

## **A ASSISTÊNCIA INTEGRAL FARMACÊUTICA COMO DIREITO**

### COMPLETE PHARMACEUTICAL ASSISTANCE AS A FUNDAMENTAL RIGHT

*Alexandre de Matos Guedes<sup>(\*)</sup>*

#### **1. INTRODUÇÃO**

A recente decisão monocrática proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) de n. 91/2007 constitui um claro exemplo de que ainda existe muito a fazer na introdução de uma cultura e ideologia do Direito Sanitário na esfera de entendimento dos nossos operadores jurídicos.

Embora o atual panorama da legislação positiva relacionada ao direito da saúde não seja perfeita, é inegável que os comandos normativos inseridos no art. 196 e seguintes da Constituição Federal, bem como na Lei

---

(\*) Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso — especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília. E-mail: <alexandre.guedes@mp.mt.gov.br.> Recebido em 25.4.07. Aprovado em 13.6.07.

Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90) constituem adequada proteção a esse direito universal de que tratamos.

Entretanto, o que verificamos no cotidiano é que o Direito Sanitário encontra obstáculos na sua aplicação, não exatamente por falhas da norma positiva, mas, sim por parte das dificuldades hermenêuticas ocasionadas por operadores que, afeitos a um sistema tradicional de valores, não se apercebem da correlação entre direitos introduzida pela Constituição de 1988, a qual incluiu toda uma nova série de direitos fundamentais juridicamente equivalentes aos tradicionais, causando assim um descompasso que acarreta graves prejuízos aos cidadãos necessitados da proteção de seu direito à saúde.

O direito à saúde, em termos individuais e coletivos, nos moldes estabelecidos pelo mencionado art. 196, o coloca claramente como direito humano fundamental equiparado aos inseridos no art. 5º. Neste sentido é a lição de *Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos*<sup>(1)</sup>:

“Assim sendo, o art. 196 é uma conseqüência do disposto no art. 1º — a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República; no art. 3º — o bem de todos os cidadãos como um dos objetivos fundamentais da República; no art. 5º, *caput* — inviolabilidade do direito à vida, à igualdade e à segurança, abrangendo esta o direito à integridade física e moral e à saúde; e no art. 6º a saúde como direito social.”

Sendo o direito à saúde tão básico e fundamental quanto o direito à liberdade, apenas para citar um exemplo, ele deveria merecer e receber por parte dos operadores do Direito o mesmo zelo na sua proteção; entretanto, não é o que acontece.

## 2. RELATO DA DECISÃO EM EXAME

A decisão do STF acima mencionada foi proferida em sede de recurso interposto pelo Estado de Alagoas a fim de suspender os efeitos de tutela antecipada concedida em Ação Civil Pública que determinou ao ente federado em questão o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

Após não lograr êxito em obter a suspensão da tutela de urgência perante o Tribunal de Justiça local, o Estado de Alagoas, alegando lesão à ordem pública propugnou a medida de cassação inicialmente perante o

---

(1) CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *SUS — Sistema Único de Saúde*. 4. ed. Campinas: Ed. da UNICAMP, 2006. p. 34.

Superior Tribunal de Justiça, que por entender a existência de questão constitucional, remeteu-a ao STF, onde foi apreciada pela Ministra Presidente.

Esta concedeu parcialmente o pedido de suspensão, determinando que fosse excluída da tutela antecipada a obrigatoriedade da compra de medicamentos que não constassem da Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, que contém a relação dos medicamentos cuja aquisição e distribuição cabem aos Estados.

### 3. ANÁLISE DOS TERMOS DA DECISÃO EM PAUTA

A decisão em epígrafe contém vários problemas e equívocos, sendo certo que, embora tenha sido proferida em caráter monocrático, contraria a jurisprudência do próprio STF, o qual vem sustentando o entendimento de que a assistência farmacêutica é plenamente garantida pelo nosso ordenamento independentemente de outros requisitos burocráticos ou da vontade da administração<sup>(2)</sup>.

O primeiro deles é de índole constitucional e se refere ao fato de que o referido *decisum* contém dentro de si o perigoso fundamento do art. 196 se constituir em mera norma programática destituída de concreção autônoma. De fato, diz trecho da referida decisão:

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

É interessante notar que também neste passo a Ministra encontra-se distante do entendimento do Excelso Pretório, tendo o Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE-Agr 393175/RS — Julgado em 12.12.2006 —

---

(2) Neste sentido, citamos, como julgado paradigmático desse posicionamento o acórdão proferido no seguinte julgamento: julgamento: “RE n. 195192 / RS — RIO GRANDE DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 22.2.00, Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 31.3.00, PP-00060 EMENT VOL-01985-02 PP-00266 Parte(s) RECTE.: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECD: RODRIGO SKRSYPCSAK. Ementa, MANDADO DE SEGURANÇA — ADEQUAÇÃO — INCISO LXIX, DO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental — direito líquido e certo — descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal. SAÚDE — AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS — DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Observação Votação: Unânime. Resultado: Não conhecido N. PP.: (08). Inclusão: 11.5.00, (SVF). Alteração: 16.05.00. (SVF).”

Segunda Turma, publicado no DJ em 2.2.07 pp 00140 e no Ement. Vol-02262-08 pp 01524, proferido deliberação diametralmente oposta à que está em exame<sup>(3)</sup>.

Na verdade, o art. 196 da CF, que já é claro por si mesmo — “A saúde é direito de todos (...)” — deve ser lido, não isoladamente, mas, em conjunto com os demais de sua Seção, especialmente o art. 198, inciso II, que prescreve que o Sistema Único de Saúde assegurará aos cidadãos “*atendimento integral*” cuja dicção específica não pode deixar de levar à conclusão de que a assistência farmacêutica também está nele incluída, pois se assim não fossem ela não seria na verdade “*integral*”, vocábulo que pressupõe, segundo o dicionário Houaiss, a idéia de instituto “1. *que não sofreu qualquer diminuição ou restrição; total, completo (...)*”<sup>(4)</sup>

Sendo a saúde um direito fundamental básico, fica evidente que o mesmo não pode sofrer de forma válida quaisquer restrições hermenêuticas ou mesmo de caráter normativo infraconstitucional.

Assim sendo, qualquer entendimento que busque, de qualquer maneira, restringir o acesso à terapêutica medicamentosa necessária por motivo de inexistência do remédio em ato burocrático acaba não sendo o mais adequado frente à norma constitucional.

Aliás, ainda que os arts. 196 e seguintes da Carta Magna Federal fossem de eficácia contida e pouco claros, restaria ainda a força normativa do

---

(3) “(...) O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (...)” — Destaques constantes do original — trecho sublinhado nosso.

(4) HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. São Paulo: Objetiva, 2001. p. 630, 1ª coluna.

art. 6º, inciso I, alínea *d* da Lei Orgânica da Saúde cujo texto assegura *sem ressalvas* a assistência farmacêutica integral aos usuários do SUS de modo que a lei regulamentadora resta bem clara.

É interessante notar que o julgado em exame realiza um “salto” no raciocínio, de forma a se passar diretamente do art. 196 da CF para a portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, ato administrativo no qual se fundamenta a restrição à assistência farmacêutica permitida na Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, de forma a se fazer *tabula rasa* do preceito contido na Lei n. 8.080/90, como se o mesmo não existisse. O dispositivo em debate sequer é mencionado na referida decisão, como se a portaria decorresse diretamente do texto constitucional, sem intermediários e com força obrigatória autônoma.

O segundo equívoco é de caráter processual e se refere ao fato de que os preceitos do art. 273 do CPC, que regem o instituto da tutela antecipada não foram adequadamente avaliados pela decisão em exame.

Como se sabe, a tutela antecipada depende, para a sua regular concessão, da presença de pelo menos dois requisitos: a verossimilhança do pedido e a difícil ou impossível reparação do dano causado pela resistência à pretensão deduzida na exordial.

Deixando de lado a questão da verossimilhança, eis que não se discute aqui a efetiva existência da situação de falta dos medicamentos em questão, que parece ser reconhecida pelas partes, temos que verificar qual é efetivamente a lesão irreparável ou de difícil reparação envolvida nesta demanda. Segundo *Luis Guilherme Marinoni*<sup>(5)</sup>:

*“Há ‘irreparabilidade’ quando os efeitos do dano não são reversíveis. Entram aí os casos de direito não patrimonial (...) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessária para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito [descumprimento do dever de prestar assistência farmacêutica integral], por exemplo).*

*(...)*

*Segundo Proto Pisani, o direito patrimonial com função não patrimonial, enquanto destinado a garantir a satisfação de uma necessidade primária ou uma ‘situação de liberdade’, deve ser tutelável através da tutela sumária urgente. Na realidade, para que seja possível a tutela sumária, basta que o direito conexo ao direito patrimonial [manutenção ou recuperação da saúde, por exemplo] possa sofrer um prejuízo irreparável.”*

---

(5) MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 131-132.

O conceito de saúde significa, em termos jurídicos, de acordo com os tratados internacionais assinados pelo Brasil<sup>(6)</sup>, um estado de bem-estar físico e psíquico que não se confunde com a mera ausência de doença; entretanto, quando esta se instala, torna-se evidente a necessidade de se lançar mão de todos os meios terapêuticos tecnologicamente acessíveis para se restaurar o estado de sanidade anterior.

Só que nem sempre isto é possível; existem hipóteses em que o tratamento, inclusive farmacêutico, só pode fazer efeito quando aplicado antes que a doença se alastre além de um ponto irreversível; mesmo nestes casos, muitas vezes, não é possível se retornar à sanidade anterior, mas, meramente se obter um nível organicamente estável; em outros, finalmente, os remédios apenas retardam a degeneração que não se pode interromper.

No caso dos pacientes transplantados, a falta dos medicamentos necessários pode acarretar a rejeição irreversível dos órgãos transplantados e no caso da hemodiálise, podem diminuir muito a qualidade de vida dos pacientes renais e/ou encurtar o seu tempo de vida sem que se possa esperar o tempo necessário para aguardar um doador compatível que lhe possa entregar o órgão de que necessita.

Isto posto, em caso de final e integral procedência da ação originária, inclusive no que se refere aos medicamentos fora da portaria citada, não se poderá repor ou reparar a degeneração orgânica e a morte dos pacientes acarretada pela falta dos medicamentos necessários, mas não fornecidos em razão da decisão aqui examinada.

Em outras palavras, quando aceitou a alegação do Estado de Alagoas no que concerne ao fato de que a tutela antecipada que se pretendia conceder podia acarretar grave lesão ao erário, deixou-se de ponderar que este pode ser ressarcido ou receber novas verbas, mas que a saúde das pessoas que teriam seu tratamento restringido poderia não ser recuperada.

A decisão proferida no STA n. 91/2007 assim deixou de perceber o verdadeiro interesse irreparável no caso em tela, deferindo medida que implicou em verdadeiro *periculum in mora* reverso.

É interessante notar que em julgamento anterior, a Ministra prolatora da decisão em debate havia concluído, de forma adequada, pela existência da clara irreparabilidade das conseqüências da falta ou dificuldade de acesso a medicamentos, inclusive em um caso que não envolvia diretamente a prestação de assistência farmacêutica pelo SUS, mas, sim, o incentivo para compra de medicamentos na rede privada<sup>(7)</sup>.

---

(6) Cf. por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, mencionado por DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. In: *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1, p. 47-48.

(7) "ADI-MC 2435/RJ — RIO DE JANEIRO MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 13.03.02, Órgão Julgador: Tribunal

O despacho proferido no STA n. 91 caiu infelizmente na armadilha que o poder estatal, no exercício do *interesse público secundário*, apresenta neste tipo de caso, isto é, coloca o juiz perante a difícil situação de deferir seus pedidos de restrição de assistência farmacêutica sob pena de acarretar a consequência de que a compra de medicamentos fora dos preceitos de seus atos administrativos implicará na diminuição da assistência da população em geral. Ou seja, o magistrado fica entre o atendimento dos casos específicos que a ele se apresentam e a salvaguarda da comunidade.

O teor do pronunciamento judiciário ora em estudo torna claro que a Ministra prolatora fundamentou seu entendimento para conceder a restrição farmacêutica no entendimento de que a integralidade garantida na tutela antecipada faria com que menos recursos fossem destinados a outros casos da saúde pública.

Ocorre que, na verdade, tal conclusão configura-se no terceiro equívoco, eis que, embora os recursos públicos sejam realmente finitos, os mesmos são vastos e devem ser adequadamente geridos para satisfazer os direitos fundamentais postos pelo texto constitucional e legal.

A partir do momento em que à pessoa é assegurada assistência farmacêutica integral, com tudo aquilo que o termo significa, não se pode forçar os cidadãos a morrer ou sofrer sob a alegação de falta de verbas; cabe ao gestor público, especialmente quando compelido por ordem judicial, a direcionar e redirecionar os recursos necessários para o atendimento a esse direito básico, fundamental e indisponível.

É preciso lembrar que as verbas da saúde, possuem, constitucionalmente falando, um *piso mínimo* e não um *teto*, assim a satisfação mínima

---

Pleno, Publicação DJ 31.10.03, PP-00014, EMENT. VOL.-02130-02, PP-00215 Parte(s), REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO ADVDOS.: NEUILLEY ORLANDO SPINETTI DE SANTA RITA MATTA E OUTROS. ADVDA.: CRISTINALICE MENDONÇA SOUZA DE OLIVEIRA. REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO REQDA.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos. Ausência do *periculum in mora*, tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei se dá, de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da sua própria vida. *Periculum in mora* inverso. Relevância, ademais, do disposto no art. 230, *caput* da CF, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Precedentes: ADI n. 2.163/RJ e ADI n. 107-8/AM. Ausência de plausibilidade jurídica na alegação de ofensa ao § 7º do art. 150 da Constituição Federal, tendo em vista que esse dispositivo estabelece mecanismo de restituição do tributo eventualmente pago a maior, em decorrência da concessão do desconto ao consumidor final. Precedente: ADI n. 1.851/AL. Matéria relativa à intervenção de Estado-membro no domínio econômico relegada ao exame do mérito da ação. Medida liminar indeferida. Observação Votação: por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Resultado: indeferido. Acórdãos citados: ADI-107-MC (RTJ-130/967), ADI-319-QO(RTJ-149/666), ADI-1851-MC (RTJ-168/798), ADI-2163. Inclusão: 30.07.04, (SVF). Alteração: 03.08.04, (JVC).” (Trecho sublinhado nosso).

dos termos da Emenda n. 29 não significa que os recursos da saúde devem se limitar a estes, podendo tais valores ser suplementados pelo agente público.

A possibilidade de remanejamento ou suplementação de verbas é atividade cotidiana realizada pelos gestores públicos na execução do orçamento, sendo assim possível, caso seja necessário transferir valores — da publicidade oficial, por exemplo — para assegurar a assistência farmacêutica necessária.

Dessa forma é falsa a dicotomia da ampliação da assistência farmacêutica como elemento de prejuízo da saúde social, pois as verbas suplementares podem ser asseguradas caso seja necessário, como ocorre no caso em tela, onde está em jogo — nunca é demais repetir — direito fundamental.

Ao sopesar os interesses em jogo — o do erário e do asseguramento da saúde, a decisão em estudo deixou de fazer prevalecer a mais relevante incorrendo assim em violação aos termos da Carta.

Neste sentido temos a lição de *Edilson Pereira de Farias*<sup>(8)</sup>: “Uma tradução dessa ética kantiana é a afirmação de que o homem não pode ser objeto da atividade do Estado ou de seus órgãos. Vale dizer: para a consecução de seus objetivos, não pode o Estado aviltar a pessoa humana. Esta constitui-se em um status que limita a atuação do poder público.”

A decisão em tela recai em engano, ainda, por não levar em consideração a questão relativa à circunstância da intensa multidisciplinaridade que caracteriza o Direito Sanitário.

É preciso lembrar que os diagnósticos de doença e a prescrição dos medicamentos e tratamentos ao paciente não são atos jurídicos, mas, sim operações de cunho essencialmente médico, sendo que a necessidade das pessoas não guarda obrigatória relação com os atos burocráticos que deveriam em tese regulá-los, carecendo estes muitas vezes de embasamento na realidade fática.

E mais: a ciência médica processa constante evolução descobrindo novos tratamentos e fármacos, buscando avanços na minoração dos sofrimentos e eventualmente cura de certas enfermidades, enquanto que os regulamentos não necessariamente acompanham este progresso científico.

Assim sendo, não pode escapar ao operador do Direito Sanitário que eventualmente o direito aplicável encontra-se defasado em relação à realidade na qual deve ser executado.

É o que ocorre neste caso específico, onde a Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde é datada de 2002, ou seja, aproximadamente meia década atrás.

---

(8) FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 48.

Obviamente, neste período, pode ter tido lugar o advento de novos medicamentos e terapêuticas desconhecidas da portaria em pauta, sendo, portanto, natural que, em cumprimento aos ditames do art. 196 e seguintes da Constituição, bem como da Lei Orgânica da Saúde, os usuários do SUS tenham direito ao melhor tratamento tecnologicamente acessível para o atendimento de seu caso.

A partir do momento em que o Poder Público se abstém de realizar a revisão periódica dos medicamentos mencionados no referido ato administrativo, de forma a torná-lo conforme com a atual realidade, ele viola, além dos dispositivos citados, o *princípio constitucional da eficiência administrativa*, prevista no art. 37 *caput* da Constituição Federal.

Tal conclusão se fundamenta na circunstância de que cabe ao Estado realizar, de acordo com o princípio acima mencionado, todas as providências possíveis para colocar em nível máximo de qualidade todos os serviços públicos que desempenha, não podendo a saúde ser excluída de tal obrigação.

A respeito do assunto, preleciona Alexandre de Moraes<sup>(9)</sup> que princípio da eficiência “*é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população (...)”.* (Trecho sublinhado nosso).

A partir do momento que existe à disposição do médico a possibilidade de prescrição de fármacos mais eficazes para o tratamento do usuário do SUS, resta claro a ineficiência do Estado em não prever, em seus regulamentos, esses avanços, mediante revisões periódicas de seus atos, no exercício de seu *poder de autotutela*.

Ainda que as revisões da portaria em questão fossem recentes, não se poderia descartar a existência de novos fármacos mais avançados, não podendo o direito fundamental à saúde restar descumprido pelas limitações administrativas que prevaleceram na decisão em pauta.

#### 4. CONCLUSÕES

Embora se reconheça como problemática a dispensação de medicamentos pelo Estado, especialmente os denominados de “alto custo”, como

---

(9) MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 320.

os que são tratados no caso em tela os direitos aqui envolvidos e os riscos irreparáveis concernentes à assistência à saúde demonstram que a solução não está em restringir, em termos colocados burocraticamente em desacordo com a realidade, o acesso dos usuários do SUS aos fármacos de que necessitam para seu tratamento.

Decerto que os medicamentos mencionados na Portaria n. 1.318 ou fora dela, devem ser, em qualquer caso, previamente regulados pelo SUS, e devidamente prescritos por médicos filiados ao Sistema, os quais deverão fundamentar em seu diagnóstico e terapêutica a eventual necessidade de prescrição de remédios não constantes dos atos administrativos próprios, devendo as Centrais de Regulação exercer a fiscalização e crítica das indicações a fim de se reprimir abusos. Entretanto, é certo que a tutela antecipada inicialmente concedida não implicava no afastamento desses controles, mas apenas na limitação indevida das prescrições, o que está de acordo com o melhor entendimento técnico e jurídico.

Certamente, a decisão proferida no STA n. 91 será danosa para todos os que professam o direito ao fornecimento amplo de medicamentos, pois a mesma será reproduzida, pelos órgãos defensores do interesse secundário, como paradigma jurisprudencial nos casos coletivos e individuais similares que estão em tramitação ou serão propostos no futuro, com toda a força que a mais alta Corte do país representa. Todavia, por se tratar de decisão que não julga o mérito da lide originária e por não se tratar de pronunciamento do colegiado do Supremo Tribunal Federal, entendemos que ainda deve prevalecer a jurisprudência dominante do próprio Excelso Pretório e dos demais Tribunais, imensamente favoráveis à assistência farmacêutica integral, na forma da letra e do espírito da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Saúde, esperando que a própria prolatora da STA n. 91 possa rever seu posicionamento em outras ocasiões que se apresentarem e que o tema seja novamente discutido, em virtude da importância e irreversibilidade dos interesses envolvidos.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *SUS — Sistema Único de Saúde*. 4. ed. Campinas: Ed. da UNICAMP, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. In: *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. 1.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. São Paulo: Objetiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.396-MS**

---

RELATORA: Ellen Gracie

REQTE.: Governador do Estado de Goiás

ADVDO.S.: PGE-GO — Diogenes Martoza da Cunha e outro

REQDA.: Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul

REQDO.: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul

ÓRGÃO JULGADOR: Tribunal Pleno

DATA DO JULGAMENTO: 8.5.2003

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 2.210/01, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTS. 22, I E XII; 25, § 1º; 170, *CAPUT*, II E IV; 1º; 18 E 5º *CAPUT*, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ART. 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional. Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, verifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da