

**COMENTÁRIOS A ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
EM AGRAVO REGIMENTAL QUE MANTEVE TUTELA ANTECIPADA
CONCESSÓRIA DE MEDICAMENTOS EM NOME DA PRESERVAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE**

**COMMENTARIES ON THE DECISIONS OF THE FEDERAL
SUPREME COURT IN A REGIMENTAL APPEAL WHICH RETAINED
ANTICIPATED TUTELAGE ON MEDICINES WITHIN THE CONTEXT
OF THE CONSERVATION OF HEALTH RIGHTS**

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EN RECURSO REGIMENTAL QUE MANTUVO TUTELA
ANTICIPADA CONCESORIA DE MEDICINAS EN NOMBRE DE LA
PRESERVACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD**

Okçana Yuri Bueno Rodrigues*

Cleber Sanfelici Otero**

SUMÁRIO: *1 Síntese do Acórdão e Histórico da Demanda; 2 Destaques dos Votos; 3 Comentário ao Acórdão; 4 Considerações Finais; Referências.*

1 SÍNTESE DO ACÓRDÃO E HISTÓRICO DA DEMANDA

O Supremo Tribunal Federal (STF), no ano 2010, prolatou vários acórdãos relacionados ao direito fundamental à saúde para assegurar o tratamento por meio do fornecimento de remédios ou de cirurgias a pacientes e usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

* Mestranda no Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR; Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina - UEL; Consultora Jurídica do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Serviços Contábeis. Procuradora Geral do Município de Paçandu-PR. E-mail: ok_rodrigues@globo.com

** Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE-Bauru/SP; Docente do Curso de Graduação em Direito, do Curso de Pós-graduação lato sensu em Direito Civil e do Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR; Docente do Curso de Especialização em Direito Previdenciário da Universidade Estadual de Londrina - UEL; Docente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro Universitário Integrado de Campo Mourão - CEI; Juiz Federal. E-mail: cleberot@yahoo.com.br

Debateu-se, na ocasião, a aplicação do disposto no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial quanto à existência de um direito subjetivo de todos e de um correspondente dever do Estado, além de uma diretriz normativa de atendimento integral na área da saúde.

Nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela nº 175 (STA - 175 AgR/CE), o STF proferiu acórdão que manteve decisão proferida em pedido de antecipação de tutela, com a determinação do fornecimento de medicamento a usuário do SUS.

A Ementa que ora se transcreve bem retrata o que restou decidido pelo STF no julgamento, principalmente no referente à definição de critérios para o fornecimento de remédios:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.¹

Em apertada síntese, o Ministro Gilmar Mendes apresentou, em relatório, o deslinde da demanda até o momento do julgamento do Agravo Regimental. O recurso foi interposto com o objetivo de suspender a tutela antecipada concedida à agravada beneficiária, a qual já havia sido negada pela Presidência do STF. Veja-se:

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente):

Trata-se de agravo regimental interposto pela União (fls. 193-229) contra a decisão da Presidência do STF (fls. 169-184), na qual indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, formulado pela União, (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

A decisão agravada indeferiu o pedido de suspensão de tutela anteci-

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental n.º 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de março de 2010. DJe n.º 76, Brasília, DF, 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 03 set. 2013.

pada, em consonância com prévio parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 135-149 162-163) por não se constatar, no caso, grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

[...]

Manteve-se, por conseguinte, a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES.

O agravante requer a reforma da decisão (fls. 193-229), renovando os argumentos antes apresentados para buscar demonstrar a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas (fls. 193-229). Alega que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevido interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas (fls. 199-204).

Sustenta tanto a ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências (fls. 204-205) como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa (fls. 205-218).

Por fim, argumenta que só deve figurar no pólo passivo da ação principal o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que causa grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto, implicará, deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador (fls. 223-229).

É o relatório.²

A União – agravante – argumentou que o medicamento pretendido pela agravada não poderia ser disponibilizado, pois não detinha registro pela ANVISA, muito embora o Ministro assevere, no relatório, que averiguou a existência de registro válido para o remédio.

Destacou o relator que o alto custo do medicamento não justificaria o não fornecimento do mesmo e, ainda, que o citado fármaco fora prescrito por médico habilitado, além de ser recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos. Assim, com base nos elementos constantes no processo, o STF manteve a determinação, concedida em sede de tutela antecipada, para que a União, o Estado e o Município fornecessem o medicamento solicitado pela agravada.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Dje n. 76, Brasília, DF, 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 03 set. 2013.

2 DESTAQUES DOS VOTOS

É importante salientar alguns dos argumentos utilizados pelos Ministros para embasar os respectivos votos, bem como para manter a decisão anteriormente proferida, de forma a assegurar o fornecimento do fármaco pretendido pela agravada. O voto do relator esclareceu haver um dever estatal de fornecer medicamentos, ainda que de alto custo, se efetivamente, em razão de uma reação especial do organismo da pessoa, os tratamentos convencionais não forem eficazes. Nos votos dos demais Ministros, apresentaram-se argumentos contrários à alegação da “reserva do possível” e fundamentos favoráveis à “proibição de retrocesso”, sob pena de se inviabilizar o direito à vida e à saúde nos termos estabelecidos na Constituição de 1988.

Em razão da extensão, deixa-se de transcrever o inteiro teor do acórdão, embora alguns destaques dos votos sejam apresentados *ipsis literis* no presente trabalho:

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente):

Consignei, ainda, que havia informação da existência de prova pré-constituída, consistente em: laudo médico do Hospital Sarah certificando a essencialidade do medicamento para o aumento de sobrevivência e de qualidade devida da paciente, na impossibilidade de a paciente custear o tratamento e na existência de registro do referido fármaco na ANVISA.

[...]

Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (Vorbehaltes Möglichen). Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, Jus, 1989, p. 161).

[...]

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque. 1999).

[...]

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

[...]

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

[...]

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

(1) direito de todos:

[...] Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art.197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (AgR-RE N. 271.286-8/RS, Rei. Celso de Mello, DJ 12.09.2000).

[...]

Assim, 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.

(2) dever do Estado:

[...]

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas.

(4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos:

Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva.

(5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário:

O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação.

(6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental deve-se a questões muito mais ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

[...] Não há dúvida - deixe-se claro - de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.

[...] ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

[...] **no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação ou implementação do políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial de efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.**

[...]. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS),

o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. [...].

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa do não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

[...]

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

[...]

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. [...].

[...]

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário. As ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

[...] Dessa forma, **podemos concluir que, 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 de seu organismo, comprove que o tratamento específico não é eficaz no seu caso. [...].

Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Situação diferente é a que envolve a inexistência do tratamento na rede pública, nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

[...]

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

[...] 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.

[...]

De toda forma, parece certo que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos.

[...]

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.

[...]

Por fim, destaco que a agravante não infirma o fundamento da decisão agravada de que, em verdade, o que se constata é a ocorrência de grave lesão em sentido inverso (dano inverso), caso a decisão venha a ser suspensa (fl.183).

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis.

[...]

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

[...]

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais,

notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

[...]

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal que a instituição governamental interessada deduziu na presente causa.

[...]

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978. W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

[...]

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 (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”. vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode convertê-la 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.

[...]

O sentido de fundamentalidade do direito à Saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

[...]

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

[...]

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que ob-

jetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

[...]

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública [RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213], a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, são situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

[...]

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...].

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses - do todo inócua - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

[...]

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Presidente, vou acompanhar Vossa Excelência [...]. A questão da implementação de políticas públicas tem sido tema de teses, artigos e revistas jurídicas em quadros, pois poucas vezes se fala do tema seriamente - o mesmo ocorrendo como tema da "separação" dos Poderes. Continuo a ser

um velho “hegeliano”, entendendo que o poder é uno e, quando ele se divide, ele deixa de ser poder.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO: [...].

Além disso, sugeriu que, no caso concreto, o problema não é do demandante das ações dos serviços de saúde, mas do Poder Público, que, muitas vezes, não entende, não sabe como acudira essa demanda, dividindo os respectivos custos.

Vossa Excelência passou em revista os dispositivos da Constituição versantes sobre saúde na dupla perspectiva de política pública e de direito fundamental, mas teve o cuidado de deixar assentado em seu voto que a decisão judicial é necessariamente contextual, é empírica [...] e o fez com muita propriedade.

[...] colocou muito bem a questão sob o ângulo da Constituição e, por último, habilitou devidamente o Poder Judiciário para o controle desse tipo de política pública, sem nenhuma incursão em seara alheia, e resgatou um pouco a tese da constituição dirigente, a constituição que governa quem governa, ou seja, governa permanentemente quem governa quadrialmente.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: [...].

Salientei, então, que, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe-se, ao julgador, uma vez configurado esse dilema, uma só e possível opção: precisamente aquela que privilegia, por razões de natureza ético-jurídica, o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.³

3 COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

O que se discutiu no caso em comento é o direito à saúde e seus desdobramentos, porquanto o fornecimento do fármaco à agravada consistiu em recomendação médica para que a saúde da paciente fosse restaurada. Além da recomendação médica, discutiu-se a aplicação orçamentária em políticas públicas efetivas, a reserva

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. *DJe* n. 76, Brasília, DF, 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 03 set. 2013. Deixa-se de transcrever o inteiro teor dos votos presentes no acórdão, mas apenas os destaques mais relevantes dos fundamentos apresentados na votação.

do possível e a vedação do retrocesso.

O voto do relator Gilmar Mendes esclareceu haver um direito subjetivo à saúde correspondente a um dever estatal de fornecer medicamento, o que se sedimentou na jurisprudência do STF após os julgados do ano 2010: “O direito à vida pode também engendrar o dever positivo de os poderes públicos fornecerem medicamentos indispensáveis à sobrevivência do doente, como já se firmou na jurisprudência do STF”⁴.

Sobre o direito à saúde, Germano Schwartz pondera:

A saúde é condição de desenvolvimento de um povo, assim como a educação. Qualquer plano de desenvolvimento estatal tem na saúde um de seus pontos básicos, como sói acontecer, muito embora, faticamente, a promessa não seja cumprida. Até por esse motivo é que se fala que um Estado mínimo deve garantir tão-somente educação e saúde, pois estes são os requisitos mínimos com os quais deve-se preocupar, e sobre os quais legitimamente se funda o contrato social⁵.

Torna-se importante destacar que a Constituinte de 1988, ao optar por uma Constituição cidadã e que buscasse a promoção da dignidade da pessoa humana, estabeleceu concomitantemente deveres ao Estado:

O direito à vida apresenta evidente cunho de direito de defesa, a impedir que os poderes públicos pratiquem atos que atentem contra a existência de qualquer ser humano. Impõe-se também a outros indivíduos, que se submetem ao dever de não agredir esse bem elementar⁶.

Assim, vê-se que as observações feitas pelos ilustres Ministros apenas são respostas que vão ao encontro com o apregoado pela doutrina e pela crescente tendência jurisprudencial.

Ingo Wolfgang Sarlet observa que o título de direito social trata-se tão somente de um rótulo dado a uma série de direitos fundamentais arrolados pelo Poder Constituinte de 1988 e que, independentemente de como será chamado – direito fundamental ou social – o Constituinte atribuiu dimensão positiva a este direito:

Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um su-

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294.

5 SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 193.

6 MENDES, op. cit., 2011, p. 292.

perfunctório exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar conseqüências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares⁷.

A União, agravante, trouxe à baila o argumento da não-interferência dos Poderes. Ocorre que tal manifestação não poderia mesmo ser acolhida no caso em tela, pois o Poder Judiciário não estava criando uma política pública, mas, sim, operando em uma falha do Poder Executivo.

Como bem se observou no julgamento, o problema na área da saúde não seria relativo à inexistência de normas legais e de programas para efetivá-la, mas de eficiência na gestão pública para concretizar direitos já assegurados.

Procedeu-se a uma análise não apenas jurídica, mas intersistemática com a economia, a medicina e os respectivos avanços nessas searas, que serve de orientação não apenas em matéria de fornecimento de medicamentos e tratamentos na área da saúde, mas também para outros direitos sociais⁸.

O avanço da medicina acompanha a evolução tecnológica, de maneira que o Poder Judiciário deve estar atento para a prestação de novos tratamentos a fim

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013.

⁸ OTERO, Cleber Sanfelici. **Inclusão social da extrema pobreza**: direito à cidadania integral e contextualização do mínimo necessário no Brasil. 2011. 444f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru, p. 340.

de que sejam fornecidos para assegurar a cura ou o alívio de doenças ou de outros males que acometam o ser humano:

É certo que a proteção ao direito fundamental à saúde deve acompanhar a evolução da medicina. Não pode ficar estagnado na disciplina prévia das políticas ou das normas elaboradas pelos órgãos legislativos ou administrativos da saúde. A tutela do direito fundamental social à saúde, previsto no art. 196 da CF, há de considerar as novas descobertas, os novos exames, prognósticos, tratamentos, medicamentos, procedimentos cirúrgicos, além das novas doenças ao mesmo daquelas que haviam sido erradicadas. Em contrapartida, o contínuo progresso da tecnologia médica, aliado ao aumento da sobrevida da população, tem sido responsável, nos últimos anos, pelo aumento exponencial de custos com a saúde, em detrimento da elevação dos recursos disponíveis para atender o crescimento da demanda. Nesse contexto complexo, cabe ao Judiciário verificar se a não prestação do atendimento à saúde decorre de omissão legislativa ou administrativa, considerada inconstitucional, buscando critérios razoáveis na concretização do direito fundamental social⁹.

Outro ponto de interessante ponderação e com merecimento de especial atenção é o fornecimento de medicamentos descritos na Tabela do SUS, algo que colabora com a morosidade do Estado no atendimento à população, isto porque, conforme exposto no próprio acórdão e em audiência pública realizada pelo Poder Público¹⁰, a citada Tabela permanece por anos sem a devida alteração.

O simples fato de estar nesse rol de medicamentos confere ao fármaco o *status* de não ser experimental, o que facilita ao paciente sua obtenção. Ocorre, no entanto, que, para o paciente de tratamento oncológico e de muitos outros, cujas doenças são consideradas graves e fatais, a falta de renovação do rol de medicamentos em lapso de tempo adequado agrava a situação clínica em que se encontra, pois as novidades médicas não podem esperar todo o protocolo de aprovação e classificação pelo SUS antes de serem direcionados aos pacientes.

O levantamento de dados sobre a atualização da Tabela SUS e a imprescindibilidade de medicamentos que não constam no rol demonstram, mais uma vez, a falha do Estado no exercício de seu dever de garantia do direito à saúde.

Conquanto se justifique a intervenção do Poder Judiciário para o fornecimento de tratamentos ambulatoriais e cirúrgicos, existe a necessidade de se ponderar que as decisões, liminares ou definitivas, em casos que envolvam situações como

9 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 440.

10 *Ibidem*, 2009, p. 439.

as aqui narradas, podem-se apresentar embaraçosas, principalmente em face dos valores envolvidos e da difícil aferição quanto à substancialidade do caso.

O sopesar de direitos, valores e bens nestes casos requer especial diligência, porquanto a vida e a saúde são direitos inegociáveis e que não podem ser negados a quem quer que seja no âmbito do direito brasileiro.

Paralelo ao indiscutível direito à saúde e à vida encontram-se outros princípios e valores sociais e que não podem ser deixados de lado, tais como a *universalidade do tratamento*, a *eficiência da administração pública* e o *interesse público*.

Estes valores implicam dizer que o dinheiro público deve ser aplicado da melhor maneira possível e atingir a maior quantidade de pessoas. Despender determinado montante em prol do tratamento de uma pessoa - ou de um determinado grupo vulnerável¹¹ - pode sinalizar, por outro lado, deixar de atender um número maior de cidadãos e significar dar destino diverso a um orçamento antes designado para cumprir determinada política pública.

Não se pode olvidar, o orçamento da administração pública é um, e os direitos custam. A execução de direitos e políticas públicas de promoção humana jamais deixam de envolver dinheiro e comprometimento de orçamento público, independente de qual esfera do poder público.

Por gerarem consequências a toda a coletividade, estes motivos tornam substanciais as decisões do Estado sobre quais políticas públicas serão executadas e como o dinheiro público será aplicado, pois jamais uma decisão deste porte será apenas uma mera decisão. Ao revés, tal decisão sentencia, por vezes, que direitos serão efetivamente protegidos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É irrefutável a obrigação do Estado quanto a garantir o direito à saúde e seus desdobramentos.

Embora o Estado, por vezes, não cumpra efetivamente seu papel de garantidor de direitos, o Poder Judiciário tem sido chamado e, em resposta ao anseio

¹¹ “Em um primeiro momento, poderíamos pensar em grupos vulneráveis, como o grupo de pessoas inserido na sociedade, em pleno gozo de seus direitos civis e políticos, que mesmo munidos desta condição de cidadão, ainda sofrem a interferência sociedade, ora majoritária, no sentido de vilipendiar certos direitos inerentes a estas pessoas”. (SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Paridade, inclusão e alteridade: minorias, grupos vulneráveis e políticas públicas, um enfoque para as ações afirmativas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry. **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão Social**. Birigui, SP: Boreal, 2010, p. 184).

daquele que o invoca, concede liminares e/ou sentenças, determinando que a administração pública forneça tratamentos, remédios e tantos outros pedidos para que a saúde e a vida do particular sejam preservadas, ou até mesmo apenas prolongada.

Consoante se observa no julgado, alguns parâmetros foram estabelecidos para o fornecimento de medicamentos. Mesmo se o Poder Público apresentar políticas públicas voltadas à área da saúde, caso elas não sejam suficientes ou se forem ineficazes, é possível garantir uma prestação diversa nas hipóteses específicas de pessoas que necessitem de tratamentos diferentes. Se um determinado remédio pleiteado não tiver comprovação de eficácia para uma doença ou se for mais caro e apresentar o mesmo efeito de um fármaco fornecido pelo SUS, não deve haver concessão. Por sua vez, poderá haver o fornecimento de um remédio importado se for constatada a eficácia de uma nova composição, mesmo se o tratamento ainda não for reconhecido pela ANVISA, pois cabe ao SUS acompanhar o desenvolvimento tecnológico na área da saúde.

Resta inegável, portanto, a relevância da decisão em comento e o alto grau de excelência proferido nos votos dos ilustres Ministros que mantiveram a decisão em tutela antecipada, ao conferirem o direito ao acesso ao medicamento prescrito à paciente, outrora negado pela administração pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de março de 2010. **DJe** n. 76, Brasília, DF, 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&-docID=610255>>. Acesso em: 3 set. 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 440.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

OTERO, Cleber Sanfelici. **Inclusão social da extrema pobreza**: direito à cidadania integral e contextualização do mínimo necessário no Brasil. 2011. 444f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Paridade, Inclusão e Alteridade: Minorias, Grupos Vulneráveis e Políticas Públicas, Um Enfoque para as Ações Afirmativas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry. **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui, SP: Boreal, 2010.

Recebido em: 30 de setembro de 2013

Aceito em: 10 de outubro de 2013