

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL.

OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS E O PRINCÍPIO DA RESERVA ORÇAMENTÁRIA NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO¹

Gassen Zaki GEBARA²

Resumo: O Constituinte de 1988 ao tratar de direitos fundamentais fez uma incomum e corajosa escolha: recepcionou em seu texto tantos os direitos individuais quanto os sociais. Na perspectiva formal imperativo reconhecer-se que o Brasil tem a mais generosa Constituição de sua história, talvez a mais pródiga entre as adotadas pelos países democráticos atualmente. A questão é saber, esse o objetivo desse trabalho, se esses direitos fundamentais são oponíveis ao Estado, se podem ser adjetivados como direitos subjetivos. Diante da extensão do tema faz um marco delimitativo: as pesquisas realizadas tem como centro o direito à saúde. Propõe-se, então a busca de algumas respostas possíveis através de pesquisas bibliográficas, empírica notadamente com foco nas manifestações do Supremo Tribunal Federal nesses últimos anos. Os pontos de destaque: o direito à saúde, as políticas públicas (in) suficientes, a reserva do possível e a escassez de recursos e, os paradigmas fixados pelo Supremo Tribunal Federal.

¹ Destacam-se nessa parte: KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, jan-mar 2006, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; além de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal; BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 19.junho de 2014.

² Mestre em Direito Constitucional pela UnB/Unigran, Professor da UNIGRAN e da UFGD.

Palavras-chave: direito subjetivo a saúde – reserva do possível – escassez de recursos.

Abstract: *The constituent of 1988 when dealing with fundamental rights made an unusual and courageous choice: hosted in his text so many individual rights as social. In formal perspective must recognize that Brazil has the most generous provision of his historic, perhaps the most lavish between adopted by democratic countries currently. The question is, that the objective of this work, if these fundamental rights are opposable to the States, if they can be adjetivados as subjective rights. On the extension of the theme does a marco delimitativo: the surveys conducted have as Center the right to health. It is proposed, then the search for some possible answers through bibliographic searches, particularly focusing on empirical manifestations of the Supreme Court in recent years. The highlights: the right to health, the public policies (in) sufficient, the possible and the scarcity of resources and the paradigms established by Supreme.*

Keywords: entitlement – reserve possible health – resource scarcity

1. INTRODUÇÃO

A cautela dos Tribunais no sentido de assegurar amplamente a tutela de direitos (notadamente os sociais não se configura como novidade, seja no Brasil, seja no direito comparado (Alemanha). No caso da Alemanha, a doutrina atribui ao emblemático julgado *numerus clausus*³, proferido pela Corte Constitucional em 1972, o uso precursor da expressão *reserva do possível*, dando significado à ideia daquilo que o sujeito pode *razoavelmente* esperar do Estado e o Estado pode *razoavelmente* negar-se a conceder ao sujeito (ou a sociedade) sem vulnerar comandos constitucionais⁴.

Mencionado julgado⁵ congrega alguns dos fundamentos que serviram de raiz à citada teoria da reserva do possível. Na hipótese versanda, dois estudantes concorreram a vagas no curso de Medicina, nas universidades de Bavária e Hamburgo. Essa pretensão foi negada pela Corte sob o seguinte fundamento: nessas Universidades as vagas disponíveis [vagas certas e determinadas] já estavam preenchidas. Essa justificativa da administração encontrou legitimidade nas regras *numerus clausus* para as universidades, que estabeleciam pré-requisitos específicos para o acesso ao ensino superior. Cumpre observar que as Cortes Administrativas, acionadas pelos candidatos

³ Número exato de vagas; são vagas fechadas que não pode ser aumentadas ou reduzidas.

⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008;

⁵ [BVerfGE 33. 330, de 18 de julho].

que se sentiram lesados, solicitaram à Corte Constitucional manifestação sobre a compatibilidade dessas regras fechadas ou específicas com a Constituição ou se, ao contrário, caracterizavam vulneração ao disposto no art. 12, I⁶.

Na decisão, o Tribunal alemão esclareceu que no período Pós Segunda Guerra, entre as décadas de 1950 e 1960, o interesse por vagas no ensino superior multiplicou-se, exigindo do Estado a promoção de políticas públicas que acompanhassem essa demanda. Dentre os cursos de maior interesse destacou-se o de Medicina, conquanto que de 1970-1971, dos 11.000 candidatos, apenas 3.000 foram aprovados. Esse o contexto, na segunda metade da década de 60 o Poder Público adotou medidas severas com o fim de suplantar tais problemas, quando então as normas *numerus clausus* foram fortemente aplicadas nas universidades.

Em relação a essas regras, o Tribunal Constitucional esclareceu que não se aventava em restringir o direito dos cidadãos a livremente escolher do curso pretendido e da instituição de ensino correspondente, mas tão só lhes assegurar o direito de concorrer livremente à vaga almejada, considerando a capacidade de cada um. O que o Tribunal rejeitou foi tratar o direito ao ensino superior como direito subjetivo, oponível contra o Estado. Concluiu que as regras *numerus clausus* não infringiam o direito à livre escolha da profissão, nos termos consolidados no art. 12, § 1^a, al. 1 da Constituição alemã, eis que somente limitavam o *acesso* dos candidatos às vagas almejadas, sem lhes violar qualquer direito.

Nesses termos, foi reconhecido que, se promovida a criação de instituições de ensino pelo Estado, e em especial nos setores em que o Poder público exercesse monopólio, i) a garantia da liberdade de escolha de profissão (art. 12, I da LF); ii) o princípio geral da igualdade (art. 3^a, I); e iii) o postulado do Estado Social, combinados, garantiriam ao indivíduo o acesso ao ensino superior em igualdade de condições em relação aos demais cidadãos. Contudo, a Corte deixou de manifestar-se, conclusivamente, sobre o direito subjetivo de obter essa vaga em juízo, proclamando, apenas, que o direito de acesso estaria sujeito ao limite *daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado*. Nesse ponto, destacou a desnecessidade de pronunciar-se sobre a exigibilidade de tal direito, por entender não ter havido a correspondente violação, uma vez que o Estado alemão tinha agido dentro do que a Corte veio a chamar de reserva do possível.

Essa decisão revelou três ideias cruciais para a adequada compreensão da teoria da reserva do possível no domínio da jurisdição constitucional brasileira. A primeira é que a prestação de ensino pelo Estado não configurava um direito subjetivo, sindicável em juízo. A cláusula do Estado Social, presente na Constituição

⁶ Art. 12, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental de Bonn: “Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a sua profissão, seu emprego e sua instituição de formação. O exercício da profissão pode ser regulamentado mediante lei ou em virtude de lei”. Esse dispositivo encontra ressonância em nosso art. 5^o, XIII: “...é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

alemã, é a disposição constitucional que dará fundamento para a formação de uma norma ordinária que abrigue um direito fundamental social subjetivo⁷. O tribunal constitucional acrescentou que “[...] o princípio do Estado social tem fundamental importância no âmbito legal, na medida em que significa que o Estado deve concentrar toda sua força para que seja assegurada a determinação constitucional de que os cidadãos possam exercer os seus direitos”. Em razão disso, isto é, pelo fato de não serem previstos constitucionalmente enquanto tal, é que Robert Alexy defende que, para assumirem a qualidade de direitos subjetivos, vale dizer, demandáveis judicialmente, primeiro, há de se identificar direitos fundamentais sociais definitivos; e, para chegar-se a essas posições definitivas, antes, é necessário que as posições jurídicas *prima facie* asseguradas pela cláusula do Estado Social sejam sopesadas com outros bens fundamentais. O resultado dessa ponderação, pois, será a posição definitiva sindicável em juízo⁸.

Dessume-se também que os direitos fundamentais sociais, no ordenamento jurídico alemão, importam em determinações de objetivos estatais, ou seja, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura acolhidas pelo legislador quando esse julgar necessário e, também, quando o Estado dispuser de meios para a sua realização. A especificidade do caso em questão aponta, ainda, para outras duas observações: i) o pedido girava em torno da possível exigibilidade da prestação, estritamente, de *vagas na rede pública de ensino* pelo Estado; e, ii) essa prestação importava na obtenção de vagas em universidades, ou seja, no *ensino superior*.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL: DIREITOS SOCIAIS SINDICÁVEIS PERANTE O JUDICIÁRIO

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito a saúde e ao fornecimento de medicamentos e um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação a atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações

⁷ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 436-440. No particular, Alexy tempera que a Constituição alemã recepciona como direito fundamental social subjetivo apenas o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade – art. 6.º, § 4.º da Constituição alemã (*idem*, pp. 434/435)

⁸ ALEXY, *ob. cit.*, pp. 512/519. Como Alexy, Canotilho também concebe o direito à educação, sob a Constituição portuguesa, como um feixe de posições jurídicas *prima facie*. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 51/68)

a Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

O sistema, no entanto, começou a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas.

Por outro lado, não há um critério efetivamente respeitado pelo poder público para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento⁹. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Tais excessos e inconsistências não são apenas difíceis em si mesmos. É que os mesmos ameaçam a adequada execução das políticas de saúde pública, desconsertando a atividade administrativa e impossibilitando a utilização coerente dos poucos recursos públicos. O casuísmo de nossa jurisprudência pode dificultar sobremaneira que políticas coletivas, orientadas a promoção da saúde pública, sejam devidamente praticadas. Esse é o resultado que decorre da judicialização excessiva das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. É a micro justiça que se espriam beneficiando aqueles que buscam o Judiciário, em detrimento da macro justiça, que se reprime pela conseqüente escassez de recursos.

Esse estudo procura desenvolver uma reflexão teórica e prática acerca de um tema repleto de peculiaridades. Seu maior desígnio é cooperar para a racionalização do problema, com a elaboração de juízo crítico e de parâmetros que abonem e validem a atuação judicial no palco particular das políticas na área da saúde. O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, abandonando seu papel de amparar os direitos fundamentais. Em contrapartida, não lhe é dada a pretensão de ser protagonista em ambiente político que não lhe é adequado, ainda que a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. É preciso que o Judiciário utilize com mais vigor o DEVER de autocontenção, que nada mais é senão respeitar os limites de atuação que lhe impõe a própria Constituição.

⁹ O STF já firmou posição, conforme precedentes citados mais adiante, que trata da responsabilidade solidária entre União, Estados e Municípios.

Esse o ponto capital da contenda. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito a vida e a saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito a vida e a saúde de uns versus o direito a vida e a saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

3. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do “movimento sanitário” foi a Assembléia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, além de instituir o “*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito a saúde¹⁰.

3.1 A repartição de competências e a lei do sistema único de saúde¹¹

Quanto as competências orgânicas, a Constituição conferiu alçada para legislar sobre proteção e defesa da saúde, em concorrência com a União, os Estados e os Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). A União toca o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1o); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2o); e aos Municípios é atribuída competência para versar de assuntos de interesse local, podendo também suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). No que atina à possibilidade de propugnar e executar políticas de saúde, a Constituição atribuiu *competência comum* a União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde¹².

¹⁰ O Sistema Único de Saúde tem matriz no artigo 198 da Constituição: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único”. Tal sistema deve ser “descentralizado” e deve prover “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. A Constituição reconhece inequívoco compromisso com o Estado de bem-estar social.

¹¹ Quanto a essas competências (e sobre a distribuição de medicamentos), considerar o pronunciamento do STF, em março de 2010 (ver matéria no final).

¹² No âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade

Todos os domínios governamentais revestem-se de competência legislativa e administrativa, de sorte que se impõe o aparelhamento de um sistema de cooperação entre eles, com o objetivo de assegurar o necessário equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, nos termos convolados pelo art. 23, parágrafo único. De todo modo, a atribuição de competência comum não traduz que o desígnio da Constituição seja a hierarquização entre a performance dos entes federados, como se todos possuísem competência incondicional em relação a todas as demandas. Não há dúvida de essa linha de raciocínio ocasionaria na ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a utilização de recursos da União, dos Estados e dos Municípios para o atendimento das mesmas atribuições institucionais.

Com o propósito de organizar esse sistema inegavelmente complexo, em 1990 entrou em vigor a Lei Federal 8.080/90, que define o arcabouço e o padrão operacional do SUS, indicando a sua configuração organizacional e o seu funcionamento. Nos termos dispostos na própria lei, tem ela o objetivo de regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado (art. 1º). Nos termos da lei, o SUS foi concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, proporcionados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta (art. 4º). A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “*formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção*”

A Lei no 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso as ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX).

A Lei procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. A direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). A direção estadual do SUS, a Lei no 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações

correspondente (Lei n° 8.080/90, art. 9°).

e serviços de saúde. Por fim, a direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).

Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei no 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização¹³. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema¹⁴. Os temas do financiamento e da articulação entre os entes para a administração econômica do sistema, porém, não serão objeto de exame neste estudo. Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos.

4. A QUESTÃO ESPECÍFICA DA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

No que toca particularmente a distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências e apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria no 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a *Política Nacional de Medicamentos*.

Essa Portaria tem como propósito garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. Envolve diferentes aspectos, entre os quais figuram, por exemplo, aqueles inerentes ao perfil epidemiológico do País, que apresenta doenças típicas de países em desenvolvimento e agravos característicos de países desenvolvidos. Assim, ao mesmo tempo em que são prevalentes as doenças crônico-degenerativas, aumenta a morbimortalidade decorrente da violência, especialmente dos homicídios e dos acidentes de trânsito. Além disso, emergem e reemergem outras doenças, tais como a cólera, a dengue, a malária, as doenças sexualmente transmissíveis e a aids.

¹³ A Lei nº 8.080/90 se fez acompanhar de vasta regulamentação, feita através de portarias editadas pelo Ministério da Saúde. A Portaria 2203/96 instituiu a Norma Operacional Básica do SUS (NOB), que trata da edição de normas operacionais para o funcionamento do sistema. As NOBs são, acima de tudo, produto da necessidade de cooperação entre entes gestores, de modo a viabilizar a descentralização do Sistema. Até o momento foram publicadas quatro NOBs: 01/91, 01/92, 01/93 e 01/96. Nessa parte, a subsidiariedade tem sido repelida pelo STF, como firmou posição no sentido de que há SOLIDARIEDADE entre a União, Estados e Municípios, nos termos apresentados mais adiante em vários julgados colacionados.

¹⁴ Os recursos financeiros destinados à Seguridade são primeiramente transferidos ao Fundo Nacional de Saúde e, depois, aos demais fundos de saúde (Lei nº 8.080/90, arts. 34 e 35). Por imperativo legal, tais recursos devem ser depositados nos fundos de saúde de cada esfera de governo; tratam-se de recursos carimbados e restritos e sua utilização deve ser fiscalizada pelos Conselhos de Saúde, nos âmbitos estadual e municipal.

O consumo de medicamentos é influenciado também pelos indicadores demográficos, os quais têm demonstrado clara tendência de aumento na expectativa de vida ao nascer. O processo de envelhecimento populacional interfere sobretudo na demanda por medicamentos destinados ao tratamento das doenças crônico-degenerativas, além de novos procedimentos terapêuticos com utilização de produtos de alto custo. Igualmente, adquire especial relevância o aumento da demanda por medicamentos de uso contínuo, como é o caso dos utilizados no tratamento das doenças cardiovasculares e reumáticas e no controle do diabetes.

Em 2004, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou a Resolução 338, definindo a Política Nacional de Assistência Farmacêutica com base nos princípios de ser parte integrante da Política Nacional de Saúde, e identificando-a enquanto uma política pública norteadora para a formulação de políticas setoriais, destacando-se as de medicamentos, ciência e tecnologia, desenvolvimento industrial, formação de recursos humanos, entre outras, e práticas de atenção farmacêutica compreendendo atitudes, valores éticos, comportamentos, habilidades, compromissos e corresponsabilidades.

Dados estatísticos retirados no Ministério da Saúde¹⁵, a Política de Assistência Farmacêutica engloba os seguintes eixos estratégicos: Garantia do acesso e Equidade das ações, Qualificação dos serviços, Descentralização das ações, Desenvolvimento de Recursos Humanos, Adoção da RENAME e sua atualização periódica, pactuações intersetoriais, utilização de plantas medicinais e medicamentos fitoterápicos na atenção à saúde, Política de Vigilância Sanitária para garantir o acesso e a qualidade, Promoção do uso racional, disciplinando prescrição, dispensação e consumo.

Em 2006, através da portaria nº 698/2006, o Ministério da Saúde redefiniu o financiamento do SUS em grupos e que passou a englobar o da Assistência Farmacêutica onde define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS¹⁶. A classificação dos blocos de financiamento opera-se nos seguintes eixos: Atenção Básica, Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar, Vigilância em Saúde, Assistência Farmacêutica e Gestão do SUS. Todas essas iniciativas impulsionaram as ações para a qualificação dos serviços farmacêuticos oferecidos à população, mudanças estratégicas para a melhoria do acesso e o desenvolvimento de diretrizes para as políticas de saúde no Brasil.

Atualmente, a disponibilidade de medicamentos gratuitos da atenção básica a nível municipal é orientada através de uma legislação específica que garante financiamento tripartite para aquisição pelo município de mais de 200 medicamentos em diversas apresentações farmacêuticas e formas farmacêuticas, através da Portaria Nº 4.217/2010.

¹⁵ <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/svs>, pesquisado em 30 de junho de 2014.

¹⁶ Nesse ponto há sintonia entre a posição da administração e a adotada pelo STF, conforme decisões colacionadas. Não há se falar no particular em ativismo judicial.

De todo modo, o objetivo fundante das políticas públicas é o de assegurar a disponibilidade dos medicamentos nas unidades de saúde, no caso específico através da descentralização dos medicamentos para as mesmas, modificando a atual política de dispensação centralizada em farmácias básicas, com o intuito de aumentar a adesão aos tratamentos e a resolutividade das intervenções de saúde na atenção básica.

Para realizar a descentralização é necessária a estruturação de uma Central de Abastecimento Farmacêutico (CAF) e das unidades de saúde para armazenar os medicamentos, assim como, a normatização de boas práticas de dispensação de medicamentos, contando com a presença de um profissional qualificado para tal, que é o farmacêutico. Como também, a definição de procedimentos para equidade de distribuição e a promoção do uso racional de medicamentos, inclusive, com normatização também das prescrições.

Outro ponto realçante é a uniformização dos medicamentos através da definição de uma Relação Municipal de Medicamentos Essenciais, tudo com a finalidade de otimizar os processos de programação e planejamento para disponibilidade desses fármacos e regularidade no provimento, através da organização de um aparelhamento de logística para a Assistência Farmacêutica.

Para os processos de compras, fazem-se necessários uma definição de critérios de controle de qualidade e para responsabilização da garantia de fornecimento pelos fornecedores, estabelecendo regras e prazos nos editais de licitação, responsabilizando os fornecedores que não cumprirem as recomendações. Outra questão importante, é a ampliação da participação do Núcleo Estadual de Assistência Farmacêutica da Secretaria Estadual de Saúde, de forma a dar apoio aos municípios nos seus processos de estruturação e formulação da Política de Assistência Farmacêutica nos Municípios.

Esses aspectos todos, olhando para os números apontados pelo Ministério da Saúde, sugerem que há previsão orçamentária para o financiamento da saúde pública, pelo menos por parte da União. Há vários programas em desenvolvimento destinados à aplicação desses recursos nos mais variados domínios, mas tudo isso será ineficiente se não houver uma Gestão Pública responsável, confiável, que funcione com a máxima regularidade. Recurso público sem gestão pública de qualidade implica em escassez de recursos na ponta, para seus destinatários. Se o recurso é previsto orçamentariamente mas não é corretamente utilizado, o cidadão e a sociedade continuam a enfrentar esse crônico problema na saúde pública. Esse fator, instalado no Brasil de maneira endêmica, denota uma notória omissão da administração pública, de maneira a justificar em muitos casos a ingerência legítima do poder judiciário. Nesse particular, a reserva do possível é contaminada pela má gestão de recursos públicos e passa a ser examinada em uma perspectiva distorcida, míope¹⁷.

¹⁷ *Some-se a isso a corrupção que corrói historicamente esses recursos, exatamente por serem certos e elevados. Esse tema contido*

Dito isso, cumpre registrar em continuidade que a reserva do possível tem sido objeto de estudos também na doutrina brasileira. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo¹⁸ trabalham com dimensão tríplice da reservado possível: i) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; ii) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e iii) razoabilidade daquilo que está sendo pedido. Para esses autores, a reserva do possível não impede o poder Judiciário de zelar pela efetivação dos direitos sociais, mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos.

Vale ressaltar que o fato de os direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério¹⁹. Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos.

Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único. Cumpre, também, destacar que a escassez de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado. Pode-se afirmar que mesmo os chamados direitos de primeira geração, tradicionalmente conhecidos como direitos negativos, por demandarem uma não intervenção estatal, na realidade também dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de dispêndio de dinheiro público.

As instituições também possuem os seus custos, que estão muito longe de serem pequenos. Entre as prioridades do governo estão os investimentos em Saúde, que receberá, em 2014, R\$ 100,3 bilhões²⁰. A Lei 12.952, de 20 de janeiro de 2014, que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2014 prevê, em seu art. 3º que a despesa total fixada nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social é de R\$ 2.383.177.997.310,00 (dois trilhões, trezentos e oitenta e três bilhões, cento e setenta e sete milhões, novecentos e noventa e sete mil e trezentos e dez reais), incluindo a relativa ao refinanciamento da dívida pública federal, interna e externa, em observância ao disposto no art. 5º, § 2º, da LRF, na forma detalhada entre os órgãos orçamentários no Anexo II desta Lei.

não encontra espaço para ser analisado nesse trabalho.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 22 e seguintes.

¹⁹ *Gomes Canotilho, ob. cit.*, p. 122.

²⁰ <http://www.orcamentofederal.gov.br/noticias/portugues/noticias/2013/agosto/governo-investira-mais-em-saude-educacao-e-combate-a-miseria/>, visitado em 10.07.2014.

Da leitura, ainda que pelo prisma de uma lente ampla e generalizada, é possível desmistificar a tradicional separação entre direitos positivos e negativos, e esclarecer que considera que apenas os primeiros são justiciáveis por não envolverem custos. As ponderações feitas em relação aos custos dos direitos sociais, à limitação de recursos e à reserva do possível, podem ser estendidas tanto a pedidos em matéria de direitos civis e políticos que demandam recursos, quanto a outras obrigações do Estado de dar ou fazer.

O que se pretende, ao final e ao cabo é demonstrar como o Poder Público, aqui incluído o Poder Judiciário, trata dos custos dos direitos e da escassez de recursos. Mais exatamente: diante da escassez de recursos qual o limite do protagonismo do judiciário para assegurar a fruição de direitos sociais, notadamente os decorrentes de saúde pública? Nesse particular ressaí a importância da leitura adequada e isenta do significado de constitucionalismo, princípio democrático, ativismo judicial. Nesse estreito espaço de estudos, resta aferir com a maior acuidade possível, como o Judiciário tem tratado esses temas; quais os limites que já definiu, quais os paradigmas anteriores e quais os atuais²¹.

Vale ressaltar que uma jurisprudência clara e coesa nessa matéria pode apresentar grandes subsídios, seja para a administração pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor os projetos de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais nítida a dimensão do que pode demandar do Poder Judiciário, seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões.

5. ALGUNS PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS²²

5.1 Em relação às ações individuais - parâmetro: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos

O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar e o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima. Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito a saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro

²¹ Esse aspecto é tratado nesse trabalho mediante pesquisa de decisões do STF no período em que a Corte foi presidida pela então Ministra Ellen Gracie (Suspensão de Tutela Antecipatória 91) e no interregno da gestão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

²² Esses parâmetros foram fixados durante o período em que o Ministro Gilmar Mendes presidiu o STF, os quais são POSTERIORES aos critérios delimitados pela STA 91, decidida na gestão da Min. Ellen Gracie.

lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detém de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático. Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos– quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos.

Foi nessa linha que trilhou a Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Segurança 3073/RN, considerando inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A Ministra enfatizou que o Governo Estadual (Rio Grande do Norte) não estava se negando a prestação dos serviços de saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combalidas políticas de saúde. Essa mesma orientação predominou no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista. Segundo o Ministro Nilson Naves, havendo uma Política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos²³. A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário.

5.2 Em relação às ações coletivas - parâmetro: a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas

Um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto acima, como referido, e a presunção – legítima, considerando a separação de Poderes – de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos

²³ STJ, DJU 2 fev. 2004, STA 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves.

disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Essa presunção, por natural, não é absoluta ou inteiramente infensa a revisão judicial. Embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos.

Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, e que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias²⁴. As razões para esse parâmetro são as seguintes.

Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigira naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornara mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, Defensorias Públicas, Associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

Em segundo lugar, e isso já se disse acima, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro justiça²⁵. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será previa ao eventual embate pontual entre micro e macro Justiças. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: e o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2o, e 212²⁶) e com a vinculação das receitas

²⁴ Isso, é claro, dependeria de uma revisão mais abrangente da tradicional jurisprudência do STF, restritiva ao controle em abstrato das leis orçamentárias. Como exemplo dessa linha interpretativa, v. STF, DJU 16 mar. 2007, ADI 3.652/RR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Limites na elaboração das propostas orçamentárias (Art. 41): inviabilidade do exame, no controle abstrato, dado que é norma de efeito concreto, carente da necessária generalidade e abstração, que se limita a fixar os percentuais das propostas orçamentárias, relativos a despesas de pessoal, para o ano de 2006, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público: precedentes”.

²⁵ Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, 1992; Gustavo Amaral, *Direito, escassez & escolha – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, 2009; e Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005.

²⁶ Em 2009, pela EC 59, foi acrescentado ao art. 198, o § 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos as finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.

Em terceiro lugar, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzira efeitos erga omnes, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população.

Nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente. Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado.

No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, e possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confirmam-se.

a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.

Um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve, por evidente, a *comprovada eficácia das substâncias*. Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir *Interferon Perguilado* ao invés do *Interferon Comum*, este já fornecido gratuitamente. O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum, não possuía eficácia comprovada. Entendeu ainda que o Judiciário não poderia se basear em opiniões medicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento²⁷. No mesmo sentido, não se justifica decisão que determina a entrega de substancias como o composto vitamínico “cogumelo do sol”, que se insiram em terapias alternativas de discutível eficácia²⁸.

Quanto a esse tema, interessante o exame da SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA (STA), n. 244, do Min. PRESIDENTE GILMAR FERREIRA MENDES, cujo julgamento encerrou-se em 18/09/2009. Em sua decisão, que julgou improcedente essa STA, ponderou o Ministro Gilmar Mendes:

²⁷ STJ, DJU 5 abr. 2004, AgRg-Pet 1.996/SP, Rel. Min. Nilson Naves.

²⁸ Ricardo Seibel de Freitas Lima, in *Direito à saúde e critérios de aplicação*, *Direito Público* 12:68-9, 2006, adverte que “o Poder Judiciário não necessita ficar vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado, ao analisar a situação, confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitará que o Estado seja a compelido a custear medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e até mesmo, antiéticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros”.

Em 05 de março de 2009, convoquei Audiência Pública em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito desta Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de **medicamentos**, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário 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. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. 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. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Na Audiência Pública realizada pelo STF, colheu-se de vários depoimentos prestados que é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que ‘nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde’. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja

reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de **medicamento** de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo **medicamento** não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o **medicamento** já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Óbvio que essa não é uma norma absoluta. Excepcionalmente, a importação de **medicamento** não registrado poderá ser permitida pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), consente que a Agência dispense de registro **medicamentos** adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

O segundo elemento a ser considerado é a existência de motivação para a não concessão de determinada ação de saúde pelo SUS. Há hipóteses em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nesse caso podem ocorrer duas situações distintas: a) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; b) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Sustenta o Ministério da Saúde, no mesmo caso pesquisado, que o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da Medicina com base em evidências. Com isso, adotaram-se os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, que versam sobre um conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Não se pode perder de vista que a gestão do Sistema Único de Saúde, deve atender estreitamente ao princípio constitucional do acesso universal e igualitário às

ações e prestações de saúde. Deve, então viabilizar a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos 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.

Isso não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, deliberar que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser ministrada a determinada pessoa que, por razões clínicas peculiares, demonstre que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado em 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. Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido pelo Médico Paulo Hoff na Audiência Pública realizada, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo **possível** obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

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 acompanhável pela burocracia administrativa.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

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.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil.

A inclusão de um novo medicamento ou mesmo tratamento médico nas listas a que se vinculam os Poderes Públicos deve privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência aqueles conveniados ao SUS²⁹. Trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito a saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário. Nesse sentido, embora em demanda individual, o Ministro Cezar Peluso, no RE 411.557/DF, admitiu a possibilidade do exame dos fatos e provas, de modo a verificar se seria possível a substituição do tratamento no exterior por um similar no país, o que apenas não ocorreu por se tratar de recurso extraordinário³⁰.

c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo.

Pelas mesmas razões referidas acima, os medicamentos devem ser preferencialmente genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, nos termos da legislação em vigor (Lei no 6.360/76, com a redação da Lei no 9.787/99), e aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade.

d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer a população deve considerar, como um parâmetro

²⁹ Ricardo Seibel de Freitas Lima, *Direito à saúde e critérios de aplicação*, *Direito público* 12:66, 2006.

³⁰ STF, DJU 26 out. 2004, RE 411557/DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital a sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas e capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivida.

6. EM RELAÇÃO À LEGITIMAÇÃO PASSIVA – SOLIDARIEDADE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS³¹

Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los *solidariamente*, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão Política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

Em decisão recentíssima, o STF confirma sua posição quanto à responsabilidade solidária entre a União, Estados e Municípios:

Ementa: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. 2. Ressalva da posição pessoal em sentido contrário, manifestada em voto proferido na 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 888975/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 22/10/2007). 3. Agravo regimental a que se nega provimento³².

³¹ Precedentes: STF, RE-AgR 716777, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15/5/2013; .STF, RE 195.192, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 31/3/2000;STJ, AGRESP 201102695813, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJE 5/8/2013; TRF 3ª Região, AC 00034293620124036110, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, e-DJF3 9/8/2013.

³² ARE 803274 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 13/05/2014 - Órgão Julgador: Segunda Turma

Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do polo passivo em tais casos, a decisão Política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.

Diante do exposto, é possível compendiar nas proposições seguintes as principais ideias no que diz respeito ao dever estatal de fornecer medicamentos a população:

a) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em *ações individuais*, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão Política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

b) No âmbito de *ações coletivas* e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

c) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

7. DIREITO À SAÚDE E A VISÃO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL³³

Do exame de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, algumas merecem maior evidência: o RE-AgR 268479, o RE 393.175; Agravo Regimental 271.286; RE 267612; RE 242859, RE 256327, RE 195192 e o Recurso Extraordinário. O STF, os RE-393175, a Suspensão de Tutela Antecipatória n. 91 e às Suspensões de Segurança, 3205, 3183, 3158, 3073 e 3231. Com esse ponto de partida é que foram realizadas pesquisas em investigação de precedentes citados.

³³ *Alguns dados extraídos de artigo Daniel Wei Liang Wang, sob o título “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, in Direitos fundamentais – orçamento e reserva do possível, org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Tim, Ed. Livraria do Advogado, 2ª edição revista e ampliada.*

A jurisprudência do STF em matéria de direito à saúde tem passado recentemente por importantes mudanças. A Suspensão de Tutela Antecipatória 91, de 02.2007, foi decidida de forma qualitativamente diferente quando comparada com as decisões anteriores do STF envolvendo pedido de medicamentos. Por essa razão, optou-se por analisar separadamente as decisões anteriores e posteriores à SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA N. 91, de forma que ficasse mais claro a diferença entre uma jurisprudência consolidada por quase uma década e as mudanças que estão ocorrendo recentemente.

8. DIREITO À SAÚDE ANTES DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA N. 91

Até a SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA³⁴ N. 91, todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. As decisões eram unânimes, não havia qualquer contestação ou refutação de parte de qualquer Ministro no tocante a reserva orçamentária e financeira. Outro ponto interessante é que essas pretensões eram todas individuais, não houve até então a concessão de tutela coletiva do direito à saúde.

Nas decisões também era muito corriqueiro a referência a precedentes do STF. Há uma passagem, da lavra do Ministro Celso de Mello, em que aparece com muita frequência em diversas decisões, como o AgRg no RE 273834,6 RE 198265 e o RE 232335/RS,7, com o seguinte teor (abreviado):

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, [...] 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

³⁴ *Quanto pedidos dessa natureza (suspensão de tutela antecipatória), a regência dá-se pelas Leis Federais n. 12.016/2009, 8.437/1992, 9.494/1997 e pelo art. 297 do Regimento Interno do STF). Em suma, essas leis permitem que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.*

[...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

– 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 (art. 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. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde [...] 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.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais [...] recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

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. Cumpre assinalar, finalmente, 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), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais,

anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de consolidar o entendimento de que o direito à saúde trata-se de um direito fundamental sindicável em juízo. Sugere, também que é papel do Poder Judiciário operar quando ocorrer a omissão dos órgãos de representação popular ou, então quando esse não for o adequado, o apto a atender em sua integralidade os direitos fundamentais. Possível compreender que na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde, a despeito de ostentar qualidade de direito fundamental constitucionalmente consagrado, poderia ser sonogado pelo Poder Judiciário quando a sua não realização pelo Estado fosse devido a uma conduta legítima, tolerável, normal.

A questão que fica é que esses apontamentos não fizeram clara referência à questão dos custos enredados na efetivação dos direitos à saúde, tampouco à carência de recursos. Em algumas decisões, ficou propagado que essas eram dificuldades de menor seriedade e que não seriam admissíveis quando se lidasse com casos afeitos ao direito fundamental à saúde. A discussão a respeito dos custos dos direitos e da limitação de recursos surgiu em poucas decisões e, quando aparecia, era tratada de forma não muito detalhada e sem lhes dar grande importância.

O Recurso Extraordinário n. 342413/PR, em que impetrante requer medicamento para o tratamento de tumor carcinóide de fígado, a Ministra Ellen Gracie averba que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”. Pertinente nesse ponto as mesmas advertências feitas em relação às decisões supramencionadas. No mesmo horizonte o RE 195192/RS, que pede fornecimento de medicamento para tratamento de fenilcetonúria. Nesse caso o Ministro Marco Aurélio afiança que “problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”. Nessa decisão também não há o enfrentamento da escassez de recursos ou reserva do possível.

Em tema referente a regras relativas ao orçamento, como as vedações do art. 167 e incisos da Constituição Federal, e que possuem a função de controlar e racionalizar o gasto público, vale citar o Agravo de Instrumento 537237, em que se pleiteou fornecimento de medicamento para paciente com hepatite C. Nesse agravo, o Ministro Sepúlveda Pertence votou no sentido de que “a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito”. Tal determinação carece, no entanto, de melhor argumentação, uma vez que foram afastadas regras constitucionais (inc. I, II, V, VI do art. 167 da Constituição Federal) e pode colocar o administrador em uma situação em que deve escolher entre obedecer à Constituição ou obedecer à decisão judicial da corte de maior hierarquia do Poder Judiciário brasileiro.

No Agravo Regimental 238328/RS não há lembrança no Voto do Min. Marco Aurélio que verse de modo explicativo sobre a limitação de recursos. Na verdade o faz de modo superficial no tocante à prioridade dos gastos públicos: *“Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípua, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem”*.

Nesse ponto avalia que as receitas dos impostos são satisfatórias para acobertar os gastos com a saúde. É certo que não dirimi o problema, eis que os gastos podem ser avultados com eventuais obrigações decorrentes de decisões judiciais, tudo sem o correspondente aumento os impostos. A equação orçamentária é linear e considerada a despesa principal, mas é quebrada com esses sobressaltos (despesas secundárias) cada vez mais frequentes. Impõe-se, então que essa metodologia seja revista na urgência possível, mesmo porque despesas decorrentes de decisões judiciais são cotidianas e afastam qualquer eventual alegação de sobressalto orçamentário.

9. SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ERIGIDO NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA N. 91

Notório que as decisões do STF deferiam o pedido de medicamento sem maiores considerações sobre ingressar em questões financeiras ou orçamentárias; a concessão do direito a saúde simplesmente desconsiderava a escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível. O raciocínio sempre foi linear: a negativa caracterizaria grave afronta a esse direito fundamental em razão de uma evidente omissão Estatal.

Na STA 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, houve o prenúncio de um novo direcionamento, porquanto o STF passa a admitir a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido. Sobressai nessas novas decisões o contraponto das anteriores: a vinculação da concessão do direito à existência de recursos financeiros, a par da necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Não é só, a então Ministra Presidente admitiu explicitamente que a execução de decisões concessivas de medicamentos abalaria o já combalido sistema público de saúde. Em complemento, firmou posição no sentido de que a política de saúde deve ser executada de maneira a encontrar um maior equilíbrio entre custos e benefícios dos tratamentos gratuitamente fornecidos, tudo com o escopo de alcançar o maior número possível de cidadãos.

O direito SUBJETIVO a saúde ficou, ainda que temporariamente, relativizado diante do enfraquecimento da proteção de situações individualizadas e do privilegiamento de políticas públicas para um acesso coletivo igual e universal. A Ministra

ainda considerou que o Estado somente se obriga a fornecer os remédios que estão contemplados por Portarias Ministeriais específicas. Isso, disse Ellen Gracie, representa o respeito a uma decisão alocativa tomada no âmbito da Administração Pública.

Alguns trechos da decisão em tela evidencia esse ângulo de visão:

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, 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.º 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.º 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.º 1.318 do Ministério da Saúde**. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente

Como se disse, a perspectiva conferida por essa decisão de uma mudança de entendimento do STF, trouxe consequências importantes: passou a existir uma corrida em sentido oposto, eis que as secretarias de saúde passaram a ir à justiça, com base nessa STA n. 91, para interromper fornecimento de drogas que não constam da lista do Ministério da Saúde, mas que vinham sendo fornecidas em razão de decisões judiciais. Na mesma linha da STA n. 91, e com base nos mesmos argumentos, a Suspensão de Segurança 3073, também julgada pela Ministra Ellen Gracie, desonerou o Estado a fornecer um medicamento judicialmente pedido, o que reforçou a hipótese de uma mudança de paradigma na jurisprudência do STF em matéria de direito à saúde.

Não obstante essa nova configuração, em seguida a Ministra Ellen Gracie passa a decidir no sentido de compelir Estados a fornecerem medicamentos pedidos judicialmente. Resta evidenciado que os fundamentos utilizados na STA 91 e na SS 3073 não eram vinculativas, tampouco caracterizaram-se como precedentes sólidos e consistentes. Prova disso é que nas Suspensões de Segurança 3205, 3158, 3183 e 3231 a Ministra manifesta inquietação com *“a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelos Estados”*. Isso porque, segundo ela, os pedidos devem ser analisados *“caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica [...] não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual”*.

Nas últimas SS, os pedidos foram concedidos a partir de outras premissas: i) na hipossuficiência dos pacientes, na gravidade das enfermidades e, no caso das SS 3205, 3158 e 3231; ii) na continuidade do tratamento e nos efeitos gravíssimos de sua interrupção. Outro assunto interessante e inédito nessas citadas suspensões de segurança, que sucederam a STA 91 – é que o paradigma anterior de exame meramente abstrato do direito fundamental a saúde experimenta uma novidade ou um avanço: um olhar mais denso para o caso concreto para uma equação tripartite: a) a condição econômica do paciente, b) a gravidade da doença c) a aferição do conteúdo das prescrições médicas. No caso específico da Suspensão de Segurança 3158, soma-se outro ingrediente nessa equação: o preço do medicamento. Não obstante, há algumas questões que embaraçam a visualização da sintonia entre a STA 91 e as suspensões de segurança que lhe são posteriores: na primeira os fatores da citada equação são substituídos por outra linha de raciocínio ou outro fundamento: a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde.

Em todo caso, muito mais importante do que saber se o STF concede ou não os medicamentos ou tratamentos médicos pedidos, é considerar como as decisões são tomadas e se elas levam em consideração a questão orçamentária. Até a STA 91 essas questões dificilmente eram abordadas e, nas raras vezes em que

apareciam, eram versadas de modo muito superficial, como se elas não tivessem o potencial em oferecer resultados mais relevantes.

As consequências econômicas das decisões não foram elementos importantes na análise jurídica dos Ministros, dando a entender que o direito à saúde não tem nos seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização. As decisões após a STA 91, parecem superar esse paradigma de decisão predominante anteriormente, em que se decidia sempre por meio de uma ponderação abstrata entre direito à saúde versus questões financeiras, de forma que aquele sempre prevalecia sobre esta.

Nesse sentido, pode-se dizer que houve proveito qualitativo em razão de uma mais afinada linha argumentativa. Temas envolvendo políticas públicas e meditações a respeito das implicações econômicas das decisões parecem ter um ambiente maior nas decisões. Ainda não se tem suficientemente nítido com apoio em quais juízos objetivos esses subsídios serão avaliados e qual a estimativa que eles terão para determinar, em cada caso, se se trata ou não de direito oponível ao Estado. As críticas feitas, até aqui, às decisões não objetivam criticar o resultado das decisões, mas apontar a insuficiência ou pouca clareza de argumentação para fundamentá-las. As diversas afirmações e opções feitas precisam percorrer um caminho argumentativo maior, uma vez que o problema é complexo e não comporta soluções muito simplificadoras da realidade.

10. POSIÇÃO DO STF A PARTIR DE 2010 – GESTÃO DO MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES³⁵

Em maio de 2009, o STF promoveu seis audiências públicas para subsidiar o julgamento de pedidos de suspensão de segurança, de liminares e de tutelas antecipadas. Os recursos questionam determinações judiciais de cobertura pelo SUS de cirurgias e tratamentos médicos no exterior, fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, contratação de servidores de saúde e criação de vagas em UTI.

Ao todo são nove as ações que serão julgadas com base nas informações obtidas a partir da audiência pública sobre o SUS: os Agravos Regimentais nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175, 211 e 278; nas Suspensões de Segurança (SS) 3.724, 2.944, 2.361, 3.345, 3.355 e na Suspensão de Liminar 47.

Decisões mais recentes permitem ver a manutenção dos parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal:

³⁵ O posicionamento da Corte durante a gestão do Ministro Gilmar Mendes foi desenvolvido em tópicos anteriores, tudo de maneira pormenorizada (item 5).

EMENTA Embargos de declaração no agravo de instrumento. Recebimento como agravo regimental, conforme a jurisprudência da Corte sobre o tema. Fornecimento de medicamento. Fármaco que não consta dos registros da Anvisa, mas que foi receitado ao paciente. Inclusão, ainda, na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. Obrigatoriedade do fornecimento. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MG-RG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento³⁶.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). 2. Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. Deveras, entendimento diverso do adotado pelo Tribunal a quo, concluindo que o fornecimento de fraldas descartáveis à ora recorrida seria, ou não, imprescindível à sua saúde, ensejaria o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “APELAÇÃO CÍVEL.

³⁶ AI 824946 ED / RS - RIO GRANDE DO SUL EMB.DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. DLAS TOFFOLI - Julgamento: 25/06/2013 - Órgão Julgador: Primeira Turma

SAÚDE PÚBLICA. FORNECI-MENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO – ART. 196, CF. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. 1) O Estado do Rio Grande do Sul é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda em que alguém pleiteia o fornecimento de fraldas geriátricas, uma vez que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios. 2) Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da Constituição Federal. É direito do cidadão exigir e dever do Estado (lato sensu) fornecer medicamentos e tratamentos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações. Presença do interesse de agir pela urgência do tratamento pleiteado. 3) Redução da verba honorária, em atenção à complexidade da causa e à qualidade do ente sucumbente. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.” (fl. 139). 5. Agravo regimental a que se nega provimento³⁷.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desses estudos todos extraem-se algumas respostas parciais: ainda que melhore significativamente a situação brasileira em matéria de recursos EFETIVAMENTE disponíveis para a obediência ao preceitos constitucionais atrelados aos direitos fundamentais – direito a saúde – é difícil imaginar um horizonte mais confiável nesse particular. Não há pessimismo nessa perspectiva, mas apenas uma constatação de que problemas endêmicos e graves somente são solucionados quando houver: aplicação regular de recursos orçamentários previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional; uma Gestão Pública séria, sensível e partidariamente independente; um maior controle social nas discussões dos orçamentos públicos; uma lei orçamentária imperativa e não meramente discursiva; o respeito ao princípio democrático, onde o Judiciário possa responsabilmente ocupar o espaço político que lhe é reservado, despindo o manto de santo protetor, destinatário das preces dos desassistidos.

É imprescindível que, na elaboração das leis orçamentárias (da União, dos Estados e dos Municípios), os representantes observem com a necessária cautela os

³⁷ RE 724292 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 09/04/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma

reais problemas que a sociedade enfrenta, quais suas principais demandas sociais, em que ponto houve equívocos ou distorções, para que ao final o orçamento anual seja compatível com a realidade.

Tome-se por exemplo qualquer um dos mais de 5.500 municípios brasileiros: será que é muito árdua, senão impossível, a tarefa de fiscalizar qual o custo anual da saúde local? Quais os medicamentos, tratamentos médicos, cirurgias mas comuns naquele específico município? Ainda, é necessária uma alta tecnologia para se fazer um diagnóstico dessa natureza? As respostas todas são negativas.

É preciso levar a sério o direito à saúde, não há mais espaço para aventuras ou devaneios político partidário pois se trata de direito fundamental que, em geral, não admite postergação. Não é possível mais se admitir como suficiente dizer retoricamente que a corrupção está sendo investigada, “doa a quem doer” ou “vamos cortar na própria carne” se necessário. É imperativo estancar essa sangria que mancha a nação, que sacrifica e humilha o cidadão, mas de um modo correto, transparente, com resultados reais (e não apenas em programas caríssimas na mídia em geral). Os poderes públicos instituídos, notadamente o Poder Executivo e o Legislativo devem finalmente cumprir seu papel constitucional: instituir políticas públicas e executá-las com responsabilidade, devem cumprir as promessas de modernidade que remontam o século XVIII.

Ao judiciário, o papel de zelar pelo cumprimento ÓTIMO dos direitos fundamentais atuando, aí sim atuar sem a marca do ativismo judicial que tem permeado praticamente todas as cortes judiciárias brasileiras. Em uma palavra: é preciso cumprir a Constituição.

Ainda, é tempo de racionalizar o significado e o alcance e o significado de *reserva do possível*. Não há se admitir que o judiciário ou a administração pública utilizem esse fundamental, em geral em sentidos opostos (para não conceder e para conceder direito a saúde) como se o Brasil fosse a Alemanha. O que há de comum é que em ambos há obrigação constitucional (Brasil) e legal (Alemanha) de investimento de receitas obtidas com arrecadação de tributos em políticas públicas; o diferencial é que aqui não se fiscaliza, não se aplica, não há gestão pública engrenada com a necessidade social, enquanto que lá isso tudo já está consolidado desde as décadas de sessenta e setenta. Quando se sustenta uma decisão, administrativa ou judicial, na reserva do possível, é imprescindível que seja fundamentada (essa obrigação está consagrada no art. 93, IX e X, CF) na demonstração de o investimento exigido pela constituição foi OBEDECIDO e que está sendo executado: há orçamento imperativo pelo menos quando se cuidar de direitos fundamentais.

Infelizmente, seja em uma petição inicial, seja em decisão de primeiro grau ou de última instância simplesmente não há qualquer menção, por exemplo, de que o art. 198 e seus parágrafos e incisos estão sendo cumpridos. Não se adentra em

questão orçamentárias efetivas; o que há é apenas citação generalizada, de um lado de que não há dinheiro para fornecimento da saúde e, de outro, de que essa alegação é despicienda pois a inexistência de recurso não pode justificar o não cumprimento de um dever constitucional.

Nesse particular não há fiscalização da lei orçamentária anual, não há controle de nenhuma espécie, seja pelo executivo, que encaminha o projeto, seja pelo legislativo, que não debatem com independência essas questões referentes a receitas e despesas anuais, seja por parte da sociedade, afinal o orçamento participativo nunca passou de discurso retórico. Ao judiciário diz-se: em nome do princípio democrático como poderia participar da discussão de um projeto de lei orçamentária anual? Não é só, os legitimados para a propositura de uma ADI jamais se preocuparam em impugnar uma lei orçamentária que não cumpre as obrigações constitucionais no tocante a investimento de receitas pública na saúde (e na educação – art. 212 e seus parágrafos). Ainda mais preocupante: decisões judiciais não tem sido cumpridas, há filas de pacientes aguardando vaga em UTI acomodados em corredores com mandado judicial nas mãos.

Esse enredo não se costura democraticamente como que se vê, daí buscar-se muitas das vezes remendos grotescos, discursos eleitoreiros, propaganda que mistifica a realidade brasileira como a promessa de maciço investimento das receitas obtidas com o petróleo na saúde e na educação e outras que sequer merecem lembrança, como insistir no discurso de oposição em culpar a Copa do Mundo pelo verdadeiro abandono de políticas públicas na área da saúde. Até seria bom fosse verdade, pois se teria a esperança em se ter políticas públicas adequadas em anos em que houvesse Copa do Mundo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 436-440.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha* – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, Ed. Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 19.junho de 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 54, jan-mar 2006, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores, Ed. Lumen Juris, 2005.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à saúde e critérios de aplicação*, *Direito Público* 12:68-9, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, Ed. Aspen Pub, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*, in *Direitos fundamentais – orçamento e reserva do possível*, org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Tim, Ed. Livraria do Advogado, 2ª edição revista e ampliada.

Recebido em: 19/05/2014

Aceite em: 12/07/2014