

## AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CONTRIBUIÇÕES, CONSEQUÊNCIAS E CONTRADIÇÕES

Maria Clara D'Ávila Almeida<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar os argumentos utilizados nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal relacionadas à judicialização do direito à saúde, tendo como marco de comparação a Audiência Pública realizada pela Corte em 2009. Pretende-se analisar se houve alguma alteração substancial no teor das decisões e na argumentação apresentada pelos Ministros após a realização da audiência, à luz dos princípios da Constituição Dirigente. Conclui-se que a Audiência Pública foi de extrema importância para iniciar um processo de quebra de paradigma no âmbito da judicialização do direito à saúde, mas não exauriu todas as divergências pertinentes ao tema. Ainda é necessária a incorporação, pelos aplicadores do direito, dos parâmetros acordados para a realização de uma efetiva ponderação de direitos e princípios constitucionais.

**Palavras-Chaves:** Judicialização da saúde. Audiência Pública. Supremo Tribunal Federal. Constituição Dirigente.

**Abstract:** The following paper has the objective to analyze the arguments used in the decisions made by the Supreme Federal Court, of Brazil, related to the judicialization of the right to health, taking as a point of comparison the Public Hearing held in 2009. It intends to see if there was any kind of change in the contents of the decisions, as well as in the line of arguments presented by the Justices, in the light of the principles of the Directive Constitution. The conclusion is that the Public Hearing was extremely important to initiate a process of breaking paradigms in the range of the judicialization of health, but it did not put an end in all the divergences related to the theme. It still is necessary to incorporate, by the law enforcers, the settled parameters to make an effective deliberation of rights and constitutional principles happen.

**Key Words:** Health Judicialization. Public Hearing. Federal Supreme Court. Directive Constitution.

---

<sup>1</sup> Aluna do 6º semestre de graduação em Direito no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.  
Contato: mclara.davila@gmail.com

## Introdução

A Constituição Cidadã (de 1988) é classificada como uma Constituição Dirigente pela teoria do Professor lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, apresentada por meio da obra “A Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, publicada em 1982 como Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito de Coimbra, no ano de 1980.<sup>2</sup>

Fábio Corrêa Souza de Oliveira, em sua obra “Morte e Vida da Constituição Dirigente”, busca definir o conteúdo desse modelo de Constituição:

Em um conceito mais restrito, Constituição Dirigente é aquela que se propõe a coordenar uma ação estatal ativa no domínio jurídico, social, político, econômico, cultural, que traça um Estado Prestacional, incumbido da tarefa de assegurar ou implementar os direitos fundamentais, em integração com a comunidade (responsabilidades compartilhadas).<sup>3</sup>

Característica marcante de uma Constituição Dirigente é a presença de normas programáticas. Elas determinam fins para o Estado e para a sociedade, configuram programas de ação e metas a cumprir, tendo sempre como parâmetro o atendimento das necessidades de toda a coletividade, traçando também os meios e procedimentos para alcançar os objetivos a que se propõe.<sup>4</sup>

O direito à saúde é uma norma programática que se encontra no rol dos direitos sociais, que, por sua vez, vieram elencados de forma inovadora pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 6º. A Carta Magna trouxe grandes avanços no que se refere aos direitos sociais, pois, ao positiva-los, conferiu-lhes caráter não só de norma constitucional, mas também de direito fundamental.

O caráter fundamental do direito à saúde lhe atribuiu algumas especificidades: superioridade hierárquica no ordenamento jurídico; submissão aos limites formais e materiais da reforma constitucional, na condição de “cláusula pétrea”; detenção da aplicabilidade imediata, prevista no art. 5º, §1º CF/88, vinculando de forma imediata

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237.

<sup>3</sup> Idem, p. 14.

<sup>4</sup> Idem, p. 406.

as entidades estatais e os particulares, isto é, impõe aos órgãos estatais (três poderes) o dever de adotar as providências necessárias para concretizar ou otimizar a sua eficácia.<sup>5</sup>

Evidente, pois, o cunho dirigente do §1º do art. 5º, visto que

1) exige que o intérprete extraia dos textos normativos que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível, independente de interposição legislativa, ou seja, deve o hermenauta optar pela interpretação que, desde já, promova a mais intensa aplicabilidade imediata cabível; 2) obriga o administrador, o legislador e o juiz a atuarem no sentido de implementar as medidas suficientes a propiciar a plena aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Ao definir a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 CF/88), o novo texto constitucional conferiu ao direito à saúde duas dimensões, sendo uma defensiva, no dever de proteção da saúde, e outra prestacional *lato sensu*, no dever de promoção à saúde.

O caráter prestacional do direito à saúde é o que lhe confere a qualidade de norma programática e, por isso, deve ser concretizado por meio de normas e políticas públicas. Essa regulamentação se deu com a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), cuja previsão e organização está inserida no art. 198 da Constituição. A implementação do SUS foi uma das principais marcas do processo de redemocratização do país, fruto da militância do “movimento sanitário” que há um quarto de século emplacou na Carta Magna a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, permitindo que os serviços públicos de saúde, até então restritos aos trabalhadores inseridos no mercado formal, fossem finalmente universalizados. Dessa forma, todos os brasileiros passaram a ser titulares do direito à saúde.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51364>>. Acesso em: 20 jul. 2013

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 211.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <

Apesar de tal inovadora previsão constitucional, muito tempo se levou até que o direito à saúde fosse reconhecido como um direito público subjetivo, dotado de plena justiciabilidade, ou seja, que pudesse ser cobrado em juízo quando violado. Razão que ajuda a compreender essa demora, é o caráter programático dos artigos 6º e 196 da CF que permite a abertura e permanente atualização de conteúdo e objeto do dever de prestação. Prevalencia, até quase uma década depois da Constituição de 1988, uma interpretação restritiva quanto à aplicação imediata desses direitos, questionando-se sua fundamentalidade.<sup>8</sup>

Nesse contexto, tem-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) começou a evidenciar grande distância entre os ideais dos seus militantes positivados na Constituição de 1988 e a realidade concreta. Em que pese a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/90) ter estabelecido a estrutura e o modelo operacional do SUS, alguns fatores desafiam seus mecanismos de regulação, tornando-os frágeis, insuficientes e tímidos<sup>9</sup>: Dentre eles, podemos citar o amplo conjunto de ações e serviços do SUS, a complexa divisão de serviços pelas três esferas públicas da federação; e a escassez de recursos para uma gigantesca rede de 5,8 mil hospitais, sessenta mil unidades ambulatoriais e quinhentos mil leitos.<sup>10</sup>

Consequência das dificuldades de efetivação do direito à saúde por meio do SUS, foi o aumento considerável do número de ações judiciais cujo objeto era o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Na época, a maior parte das ações pedia um medicamento recém lançado pelas empresas farmacêuticas transnacionais que se mostrava extremamente eficiente no combate à AIDS mas que ainda não havia sido incorporado pela política nacional de acesso universal e gratuito. No ano de 2000, quando foi provocado para decidir sobre caso, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em que o Estado foi condenado a arcar com os custos dos tratamentos, decisão essa que se tornaria o *leading case* sobre a matéria (RE 271.286/RS). Com

---

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042->

[Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-). Acesso em: 20 jul 2013.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51364>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de informática do SUS. Disponível em: <http://w3.datasus.gov/datasus/datasus.php>.

isso, firmou-se o entendimento que já vinha sendo adotado em instâncias inferiores, no sentido da admissão da aplicabilidade imediata e direta das normas constitucionais que positivam o direito à saúde.<sup>11</sup>

Desde então, observou-se uma proliferação de ações e decisões relacionadas às políticas públicas de saúde (tratamentos, remédios, internações, disponibilização de leitos em UTI, cirurgias). Todas as decisões passaram, então, a seguir o entendimento consolidado no qual se reconhece o direito à saúde como um verdadeiro direito fundamental dotado de aplicabilidade imediata e direta. Como consequência, foram evidenciados notórios impactos ao orçamento público destinado à saúde nesse período. Transcrevo aqui, a título de exemplo, trecho de notícia publicada em 2009 a respeito dos gastos com decisões judiciais em matéria de saúde:

Ações judiciais para a aquisição de medicamentos consumiram R\$ 52 milhões do Ministério da Saúde em 2008, o triplo do valor gasto em 2007, revela levantamento do governo federal. Em três anos, o aumento dos custos com a judicialização foi de quase 2.000%. Nesses valores não estão incluídos os gastos dos Estados. Em 2007, São Paulo despendeu cerca de R\$ 25 milhões por mês para cumprir ordens judiciais determinando a distribuição de remédios que não constam na lista do SUS. No Rio Grande do Sul, foram outros R\$ 6,5 milhões mensais e, em Minas Gerais, quase R\$ 40 milhões gastos no ano com essas ações. Segundo o ministério, 60% dos pacientes que ingressam com ações poderiam ser tratados com remédios similares, disponíveis no SUS. Os outros 40% pedem drogas de última geração, algumas das quais não estão aprovadas pela Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).<sup>12</sup>

É nesse contexto que surge uma grande preocupação com relação às consequências da atuação ativa do Poder Judiciário nas competências administrativas<sup>13</sup>. Isso se dá em razão de que a formulação e implementação de políticas públicas, especialmente as destinadas a assegurar direitos sociais, nos quais está inserido o direito à saúde, depende, de opção política e de disponibilidade

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51364>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

<sup>12</sup> COLLUCCI, Cláudia. **Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos**. Reportagem publicada na Folha de São Paulo. Publicado em: 09 jan 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd0901200901.htm>>. Acesso em: 27 jul 2013.

<sup>13</sup> MAGALHÃES, Camila B. de Carvalho Dorna. **Quanto Vale a Vida: O direito fundamental à saúde sob a perspectiva do igualitarismo liberal de Ronald Dworkin**. 2010. 81 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2010.

orçamentária e financeira do Poder Público.<sup>14</sup>

Diante da configuração de um quadro de insegurança e incerteza, somado ao inegável crescimento de ações ajuizadas e aos assustadores gastos do Poder Público com decisões judiciais, muitas críticas foram feitas ao chamado constante “ativismo” do Judiciário em matérias dessa natureza. Luís Roberto Barroso, em seu parecer desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, enumera algumas delas<sup>15</sup>:

- a) Partindo do pressuposto de que o art. 196 é norma programática, o direito à saúde só seria efetivado por meio de políticas sociais e econômicas, e não por decisões judiciais.
- b) O desenho institucional concebido pela Constituição de 1988 reconhecera somente o Poder Executivo como competente para tomar decisões quanto à eficiência e à otimização dos gastos públicos, visto que possui visão global (*macro*) tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Visão essa que seria limitada no Poder Judiciário, já que este realiza decisões com base em casos concretos, possuindo, portanto, visão *micro*.
- c) Muitos sustentam a questão da ilegitimidade democrática. A argumentação tem a seguinte sustentação: considerando que a efetivação do direito à saúde depende de escolhas alocativas do orçamento público, e que esses recursos são provenientes da cobrança de impostos, somente o povo – que paga os impostos – é o legitimado para decidir o modo que os recursos públicos devem ser gastos. Como os poderes Executivo e Legislativo são dotados de representatividade, já que eleitos por voto popular, somente eles possuiriam legitimidade para realizar esse tipo de escolha, e não o Poder Judiciário.

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51364>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 20 jul 2013.

- d) Outra importante crítica levantada diz respeito a ideia da “reserva do possível”, que atenta para a insuficiência e escassez dos recursos públicos para atender todas as necessidades sociais. Logo, investir em um determinado lugar sempre implica em deixar de investir em outro. O orçamento deve apresentar-se como limite da realização desses direitos.
- e) A concessão dos tratamentos e medicamentos nas ações judiciais provoca, na Administração Pública, uma desorganização no âmbito de suas políticas públicas de saúde e destinação orçamentária.
- f) Na análise econômica do direito encontra-se a alegação de que a concessão de medicamentos caracterizaria uma abordagem individualista dos problemas sociais, o que não seria adequado, pois a gestão de recursos públicos deve ser feita por políticas sociais, de forma a avaliar custos e benefícios em relação a uma coletividade.
- g) O Judiciário acabaria por assegurar os interesses de classes mais abonadas em detrimento dos mais carentes, uma vez que, ao conceder a demandantes individuais, o Judiciário privilegiaria somente aqueles que possuem acesso à Justiça, em detrimento dos que deveriam ser atendidos pelas políticas públicas, justamente por não possuírem recursos. Essa circunstância é ainda mais agravada quando a administração pública, em razão de uma decisão judicial, tem que retirar recursos inicialmente destinados as políticas públicas que atenderiam aos mais necessitados para cumprir as decisões em benefício da classe média.

Dessa forma, no início do ano 2009, diante da formação deste complexo quadro de “crise de judicialização excessiva da saúde”, o Supremo Tribunal Federal sentiu a necessidade de convocar uma Audiência Pública para ouvir especialistas e gestores em matéria de Saúde Pública. A convocação da Audiência tinha como principal objetivo coletar informações capazes de delinear uma relação mais racional entre o Judiciário e os responsáveis pela operação do Sistema Único de Saúde.<sup>16</sup>

A Audiência Pública sobre a judicialização da saúde, realizada entre os dias 27 de abril e 7 de maio de 2009, alterou parcialmente esse cenário de crise, pois trouxe

---

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73 - 75.

novos parâmetros a serem implementados pelos magistrados em decisões relacionadas ao tema da judicialização da saúde. Investigar que tipo de mudança é possível identificar no teor das decisões e nos processos de argumentação utilizados pelos Ministros do STF, é o que se propõe o presente trabalho.

## **1. Metodologia**

O artigo será organizado em três partes distintas, tendo como marco divisor a Audiência Pública. Primeiramente será feita análise do teor das decisões proferidas até 2009 em período anterior a audiência, e depois, um breve resumo sobre o que foi decidido na Audiência. Após, caminharemos para uma análise das decisões proferidas a partir de então.

A pesquisa jurisprudencial que subsidiará tais análises foi feita com base no seguinte método: adotando um corte temporal que vai do ano 2000 a 2013, pesquisamos na ferramenta de buscas disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)), utilizando a expressão "direito adj1 à adj1 saúde". Realizada a pesquisa a partir desses critérios, tem-se que 38 Acórdãos foram encontrados. Desconsideramos, para fins desta análise, as decisões não proferidas pelo plenário, ou seja, decisões monocráticas, decisões da presidência e demais desta natureza. Dos acórdãos selecionados, pela análise de ementas, descartamos sete que foram considerados inadequados ao tema abordado (por exemplo, pesquisa em células-tronco embrionárias).

Do universo de 31 acórdãos que foram mantidos, fizemos uma análise mais objetiva a fim de selecionar apenas algumas decisões que permitissem um exame mais aprofundado neste artigo. Dessa segunda seleção, selecionamos duas decisões proferidas em período anterior à audiência pública e oito após sua realização, utilizando como critério de escolha a conexão com os temas da pesquisa e sua relevância como precedentes citados em outras decisões. Procuramos nos concentrar nas questões de direito material no sentido de concretização do direito à saúde em ações individuais, não adentrando nas questões sobre legitimação passiva entre os Entes Federativos e ações coletivas.

## **2. A Audiência Pública e seus reflexos**

## 2.1. Os argumentos mais utilizados antes da Audiência Pública

Desde a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2000 (RE 271.286-8/RS), com relatoria do Ministro Celso de Mello, a respeito do provimento de medicamentos destinados à pacientes portadores do vírus HIV, foi se consolidando o entendimento no Tribunal de que o direito à saúde, cuja titularidade é de todos os brasileiros, é indispensável à vida e que, portanto, cabe ao Poder Público garantir sua plena efetividade:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que, assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Importante destacar a grande quantidade de citações desse voto em decisões posteriores no que se refere à concessão de medicamentos de alto custo em ações individuais, inclusive depois da Audiência Pública. A decisão foi tomada em um contexto de consolidação da justiciabilidade do direito à saúde, em que ainda se questionava se o caráter programático da norma retirava a força de se exigir uma prestação positiva do Estado<sup>17</sup>. Foi, portanto, de suma importância para garantir a eficácia imediata do direito à saúde em sua condição de norma fundamental.

Percebe-se que o teor das decisões desse período consiste majoritariamente em sempre assegurar a prevalência do direito à saúde sobre quaisquer outras questões contextuais, sejam elas financeiras, administrativas ou até mesmo no tocante à separação de poderes. O principal argumento para justificar tal posição fundamentava-se na indissociabilidade do direito à saúde e direito à vida. Nesse

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA. Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 409.

sentido:

O direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. Inexistência, no caso, de ofensa à isonomia. (RE 226.835, Rel. Min. Ilmar Galvão – retirado do RE 255.086-8/RS, Rel. Min. Ellen Gracie).

## **2.2. O contexto e os resultados da Audiência Pública**

A Audiência Pública foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo principal consistia em ouvir os profissionais com expertise e autoridades relacionados ao Sistema Único de Saúde, de forma que fossem esclarecidas questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestações de saúde. Das discussões havidas foram abordados os seguintes pontos principais:<sup>18</sup>

1. Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
2. Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
3. Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
4. Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos e tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos adotados pelo SUS;
5. Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; e
6. Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Diferentes visões e posicionamentos foram evidenciados sobre cada uma das questões tratadas, mas houve consonância em relação a vários aspectos. A maioria dos que participaram do debate concordaram ser legítima a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no âmbito das relações individuais. Também foi unânime

---

<sup>18</sup> AGU. **Audiência Pública no STF sobre o SUS**. Disponível em: [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=94850&id\\_site=722](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=94850&id_site=722). Acesso em: 20 jul 2013.

o entendimento quanto à ilegitimidade de ações judiciais baseadas em laudos médicos elaborados por profissionais estranhos aos quadros do sistema público, salvo situações excepcionais.<sup>19</sup>

Não houve consenso em alguns pontos polêmicos como as discussões acerca da responsabilidade dos entes federados; o dever público de custear prestações de saúde não abrangidas nas políticas públicas existentes; a questão do bloqueio de verbas públicas decorrente de decisão judicial; a pertinência, em matéria de saúde, do princípio da reserva do possível; e o condicionamento do acesso ao Poder Judiciário à submissão prévia do interessado à instância administrativa.<sup>20</sup>

Quanto aos medicamentos, houve consenso em relação à ilegitimidade de se buscar judicialmente substância ainda submetida a estudos experimentais ou sem registro na ANVISA, bem como quanto à necessidade de haver, anteriormente ao ajuizamento da demanda, prévia recusa da autoridade administrativa em atender ao pleito. Além disso, considerou-se importante a escolha do medicamento de menor custo sempre que houver mais de um com o mesmo efeito, reconhecendo também a absoluta impossibilidade do sistema público custear tratamento envolvendo encaminhamento do paciente ao exterior. Também se destacou a necessidade de maior diálogo entre os órgãos públicos e os possíveis benefícios da criação de comissões médicas especiais com o intuito de esclarecer e guiar condutas quando houver questionamento de diagnósticos e terapias.<sup>21</sup>

Com relação aos medicamentos não registrados na ANVISA, mas prescritos por médicos credenciados ao SUS, destacou-se a imprescindibilidade de comprovação da eficiência e da qualidade dos novos tratamentos. No entanto, essa questão foi bastante controvertida:

Para aqueles pertencentes aos órgãos governamentais, os medicamentos só poderiam ser fornecidos se registrados, previamente, na ANVISA; para os representantes dos médicos e dos pacientes, o registro na referida Agência Reguladora é importante, mas não imprescindível; já para o Ministério

---

19 VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. **A Audiência Pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Sanitário. São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31. Nov. 2010/Fev.2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220>>. Acesso em: 20 jul 2013.

20 Idem.

21 Idem.

Público, a concessão de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por não ter sua segurança terapêutica certificada, não é aceitável, porém se determinada substância houver sido aprovada pela ANVISA e apresente superioridade terapêutica, os protocolos clínicos do SUS deverão ser atualizados de forma a inserir as novas substâncias.<sup>22</sup>

Luís Roberto Barroso, em seu depoimento, assinalou a necessidade da discussão da judicialização da saúde em outras instâncias, por se tratar de questão que envolve políticas públicas e orçamento. Disse que “quando o medicamento ou procedimento está incluído na política pública de saúde e, de forma indevida, não é fornecido, há direito subjetivo inquestionável, passível de exigibilidade judicial, mas quando o medicamento ou procedimento não está incluído na política pública de saúde, o debate judicial deve se dar prioritariamente em sede de ação coletiva, para que o poder público possa justificar sua política pública”. Afirmou, ainda, que “não se deve impedir, peremptoriamente, as demandas individuais, desde que estejam em causa situações de risco iminente de morte ou grave lesão à saúde”, e destacou a necessidade de prévio requerimento administrativo antes de judicializar a questão.<sup>23</sup>

### 2.3. Os argumentos após a Audiência Pública

Logo após a Audiência, foi julgado em 19 de maio de 2009, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553.712, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que discutia o fornecimento de medicamentos a pacientes carentes. Apesar da expectativa em relação a qual seria o novo entendimento do STF, a decisão pouco inova, limitando-se a reafirmar entendimento jurisprudencial firmado em 2000:

O aresto impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Salientou-se no referido julgado, também, que a regra contida no art. 196 da Constituição tem por destinatários todos estes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro.

Inovação mesmo vem no ano seguinte, quando são julgados em 17 de março

<sup>22</sup> VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. **A Audiência Pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Sanitário. São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31. Nov. 2010/Fev.2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220>>. Acesso em: 20 jul 2013.

<sup>23</sup> Idem.

de 2010, nove recursos interpostos contra decisões que determinaram o fornecimento pelo poder público de medicamentos de alto custo e tratamentos não prestados pelo SUS. Tratam-se das Suspensões de Tutela 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar 47<sup>24</sup>. Em todos os recursos citados a relatoria ficou a cargo do Ministro Gilmar Mendes.

Nos votos proferidos pelo Ministro, importantes argumentos são apresentados, consoantes com alguns dos entendimentos consignados na Audiência Pública, dentre os quais cabe destacar, resumidamente, alguns pontos relevantes.

Na Suspensão de Tutela Antecipada 175 e na e da Suspensão de Liminar 47 o Ministro Gilmar Mendes ressalta a necessidade de se fazer, primeiramente, duas análises:

A primeira consideração a ser feita seria quanto à existência, ou não, de política estatal que abarcasse a prestação de saúde pleiteada pela parte. O Ministro considera que ao deferir certa prestação incluída entre as políticas já formuladas pelo SUS, o Judiciário não estaria criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Caso a prestação de saúde pleiteada não estivesse entre as políticas do SUS, considera-se imprescindível distinguir se a falta de atendimento decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão administrativa no sentido de não fornecê-la ou ainda de vedação legal. Isso porque, como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA, visto que o registro é uma garantia de saúde pública, pois somente é concedido quando verificada a eficácia, a segurança e a qualidade do produto, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento.

Todavia, o ministro reconhece que:

Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde

---

<sup>24</sup> Idem.

pública pelo Ministério da Saúde.

Seguindo o argumento do Ministro, a segunda análise a ser feita seria a respeito da existência de motivação para a recusa pelo SUS. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS garante tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não proporciona nenhum tratamento específico para a patologia.

O ministro salienta que essa verificação é importante porque o Sistema Único de Saúde brasileiro filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”, e que,

Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num 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.

Gilmar Mendes atentou também para a inexistência de recursos financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, tendo em vista que os direitos fundamentais têm custos públicos e, no caso do direito à saúde, o Estado deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, escolhas alocativas, que necessitam da adoção de critérios de justiça distributiva.

Admite, ainda, que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão, estimar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo do todo. Por outro lado, o Ministro reconhece que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. Resumindo:

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

No mesmo julgamento, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, também traz novos elementos argumentativos, como o reconhecimento da existência de limites orçamentários:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Apesar de reconhecer que a efetivação do direito à saúde depende de ação do Estado e que esta ação só é possível com alocação orçamentária, verifica-se, mais adiante, uma contradição no discurso:

É por tal razão, Senhor Presidente, que tenho proferido inúmeras decisões, nesta Suprema Corte, em plena harmonia com esse entendimento, **sempre a fazer prevalecer**, nos casos por mim julgados (RTJ 175/1212-1213, v.g.), o direito fundamental à vida, de que o direito à saúde representa um indissociável consectário, como o atestam os seguintes julgamentos de que fui relator: (grifo nosso).

Em seguida, o Ministro enumera 25 julgamentos em que concedeu ao tratamento requerido. Ora, se a ponderação deve ser sempre decidida em favor de um dos lados, independentemente de qualquer outra variável, não se pode dizer que há ponderação, nem que se reconhece a falta de recursos.<sup>25</sup> Em outro trecho do voto, verifica-se nova contradição quando o Ministro reafirmou mesmo o argumento utilizado na Pet 1246, julgada em 1997, muito mencionado em diversas decisões relativas à prestação do direito à saúde:

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

---

<sup>25</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349-371.

A questão abordada pelo Ministro teve fundamental importância no contexto da Pet 1246, pois ainda não se reconhecia o direito à saúde como um direito fundamental imediatamente exigível. Contudo, atualmente o contexto é inverso. Há uma judicialização excessiva do direito à saúde que precisa ser controlada para evitar o desequilíbrio das políticas públicas de saúde destinadas a atender toda a coletividade e às pessoas que mais precisam. Assim, nos dias atuais, é difícil enxergar a questão financeira como um interesse “secundário”, visto que os direitos sociais, por sua natureza, precisam de recursos estatais para que sejam efetivados. Logo, é quase impossível separar a questão financeira do direito à saúde, como se fossem excludentes.<sup>26</sup>

O que se deduz dessa análise é que, pelo menos no discurso do Ministro Celso de Mello, utilizado como exemplo neste artigo, não houve mudança substancial no seu entendimento após a Audiência Pública. Apesar de ter acrescentado o reconhecimento de custos e limites orçamentários, não os considera efetivamente para realizar algum tipo de ponderação, pois leva a entender que sempre atendeu – e sempre atenderá – o pedido da parte que alegar necessidade de satisfação do direito à saúde em detrimento de “razões secundárias”, como denomina o Ministro, e que essas razões não podem ser utilizadas pelo poder público para “exonerar-se do cumprimento de suas obrigações”.

#### 2.4. Recomendação nº 31 do CNJ e a Lei 12.401 de 2011

Procurando ajustar-se ao novo posicionamento do STF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 31, em 30 de março de 2010, a qual “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados na solução das demandas judiciais envolvendo a saúde”.<sup>27</sup>

Dentre outras, destacam-se as recomendações para que:

Até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar

---

<sup>26</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349-371.

<sup>27</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Judicialização da saúde – algumas reflexões sobre o cenário atual.** Blog do Direito Sanitário: Saúde e Cidadania. Disponível em: <http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/08/19/judicializacao-da-saude-%E2%80%93-sobre-o-cenario-atual/>. Acesso em: 27 jul 2013.

apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais; evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas; promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS.<sup>28</sup>

Também em reflexo a essa movimentação, o Poder Legislativo elaborou a Lei 12.401 de 2011 que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde. Cabe destacar alguns pontos importantes que são tratados pela lei, a começar pela definição do que é a assistência terapêutica:

1) dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado; 2) oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado. (Art. 19-M).<sup>29</sup>

Para tanto, define que o protocolo clínico e diretriz terapêutica é

Documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS e que esses medicamentos ou produtos serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo (Art. 19-O).

Por fim, veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto, procedimento clínico ou

<sup>28</sup> CNJ. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 27 jul 2013.

<sup>29</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Judicialização da saúde – algumas reflexões sobre o cenário atual**. Blog do Direito Sanitário: Saúde e Cidadania. Disponível em: <http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/08/19/judicializacao-da-saude-%E2%80%93-algumas-reflexoes-sobre-o-cenario-atual/>>. Acesso em: 27 jul 2013.

cirúrgico experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA ou sem registro na Agência (Art. 19-T).<sup>30</sup>

Assim, foi de grande importância a implementação da Recomendação nº 31 do CNJ e a edição da Lei 12.401 de 2011, pois buscou-se reforçar os entendimentos firmados na Audiência Pública de modo a dar mais segurança jurídica e exigibilidade.

## 2.5. O cenário mais recente

Passadas as calorosas movimentações de 2010 no STF e os reflexos imediatos da Audiência Pública, que resultaram na edição da Recomendação nº 31 do CNJ e da publicação da Lei nº 12.401, resta a questão: é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal passou a incorporar, efetivamente, as informações coletadas na Audiência Pública e seguiu as recomendações do CNJ? Após um exame de acórdãos mais recentes, nosso entendimento é de que não houve tal mudança nas proporções esperadas, ou, pelo menos, não em relação à maioria dos Ministros da Corte. E justificamos o porquê:

Como primeiro exemplo, merecem análise as seguidas ações chegadas ao Supremo entre 2011 e 2013 sobre o dever de fornecimento de fraldas descartáveis pelo Estado (RE 726446; RE 724293; RE 724292; RE 668724; RE 626328). Em todas elas a argumentação seguia linhas semelhantes em razão da repetição de argumentos, culminando no mesmo resultado: a condenação do Estado ao pagamento das fraldas.

No RE 668724, de relatoria do Min. Luiz Fux, alegou-se:

1. Qualquer dos entes políticos da federação tem o dever na promoção, prevenção e recuperação da saúde.
2. A ausência de inclusão de fraldas geriátricas nas listas prévias, quer no âmbito municipal, quer estadual, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados, desde que demonstrada a imprescindibilidade para a manutenção da saúde do cidadão, pois é direito de todos e dever do Estado promover atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios de adquiri-los.
4. Comprovada a carência de recursos da autora para arcar com o tratamento, compete ao Estado fornecer produtos imprescindíveis a sua saúde. Apelações desprovidas.

---

<sup>30</sup> Idem.

E, para afastar a alegação de que fraldas descartáveis não são imprescindíveis à saúde, afirmou-se 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*.

Ou seja, tem-se aqui um claro exemplo de ignorância das recomendações acertadas na Audiência Pública, afastando uma questão de suma relevância com argumento de cunho meramente processual. Duas observações merecem ser feitas em relação a esse julgamento.

1º) Tem-se clara contradição entre os próprios precedentes do STF, que sempre alegavam estar intrinsecamente relacionado o direito à saúde com o direito à vida. Como no caso em questão forçoso seria alegar que fraldas descartáveis são imprescindíveis à manutenção do direito à vida, optou-se por alegar que a comprovação ou não de dessa imprescindibilidade dependeria de uma reanálise de provas, medida incabível no recurso extraordinário, por força da súmula 279 do STF, com o objetivo de, assim, afastar a defesa do recorrente.

2º) Durante a Audiência Pública reiterou-se, repetidas vezes, importância de o medicamento constar nas Políticas Públicas do SUS e o registro na ANVISA. Como o caso em análise foi constatado o não fornecimento pelo SUS de fraldas descartáveis, “imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas” de modo a permitir a demonstração da indispensabilidade do fornecimento das fraldas. Ocorre que, na situação em discussão, o Tribunal alegou que não poderia fazer uma nova análise de provas, e a única solução encontrada foi a condenação do Estado à prestação requerida. Ou seja, a decisão proferida não abordou nenhuma das recomendações acordadas na Audiência Pública, frisadas no julgamento da SL 47 e STA 145, e previstas na Recomendação nº 31 do CNJ e na Lei 12.401 de 2011.

Interessante destacar a questão trazida pelo Ministro Marco Aurélio nesse mesmo julgamento que diz respeito à responsabilidade do Estado em fornecer fraldas descartáveis, visto que não se enquadram como “medicamento”. Essa indagação não tema de análise dos demais Ministros:

Tem-se o seguinte questionamento: saber se a mercadoria “fraldas descartáveis” está no âmbito do direito à saúde considerado o fornecimento de medicação pelo Estado. É um tema que deve ser delimitado sob o ângulo constitucional, presente a obrigação de o Estado fornecer – como disse – o medicamento.

Em outro julgamento de pedido de fornecimento de fraldas, em 2013, no RE 726.446, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, o agravante sustentou argumentação semelhante a esta apresentada pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto vencido:

Sustenta a agravante, em suma, que (a) a discussão não é sobre a imprescindibilidade ou não do fornecimento de fraldas descartáveis à saúde do recorrido, pois o Tribunal *a quo* já afirmou que o são; **a dúvida é se, provada a necessidade do uso de fraldas, o Estado tem o dever de fornecê-las, com base no direito fundamental à saúde**; (b) o debate diz respeito à possibilidade de se incluir ou não o fornecimento de produtos de asseio pessoal no âmbito da obrigação do Estado de efetivar o direito à saúde (limites e possibilidades desse direito), não havendo dissociação dos fundamentos em relação ao acórdão; (grifo nosso).

Porém, mais uma vez, o Tribunal optou por não aplicar os parâmetros da Audiência Pública e buscou soluções processuais para afastar esse juízo de ponderação:

O agravo regimental não traz qualquer subsídio apto a alterar esses fundamentos, razão pela qual deve ser mantido incólume o entendimento da decisão agravada.

A argumentação constante no agravo regimental é bastante distinta da sustentada no recurso extraordinário. Neste, defendeu-se enfaticamente que (a) o fornecimento de fraldas descartáveis não pode ser considerado pedido de efetivação da tutela à saúde (fl. 90) e (b) “trata-se objeto de higiene pessoal” (fl. 90). No regimental, já se parte da premissa de que as fraldas realmente são necessárias à saúde, propondo-se a discussão acerca do dever jurídico do Estado fornecê-las ante a norma do art.196 da Constituição.

Trata-se de notória inovação recursal. Entretanto, não se admite que os argumentos colocados apenas por ocasião do agravo regimental supram as deficiências ou inadequações do recurso extraordinário.

Observa-se o constante receio da Suprema Corte em inovar ao deixar de conceder algum pleito no sentido de prestação relacionada ao direito à saúde, ainda que claramente o caso concreto trate de prestação não imprescindível ao direito à vida.

No Agravo de Instrumento 824.946/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que se trata do fornecimento de medicamento não constante nos registros da

ANVISA, o STF optou por utilizar o critério da presença do medicamento na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul, ainda que não possua registro na Anvisa:

Ressalto ainda que, muito embora não esteja regulado pela ANVISA, o referido fármaco consta nas listas de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. (...) Não consta que o medicamento em tela seja de procedência alienígena, tendo sido devidamente receitado à agravada.

Mesmo que na Audiência Pública, na Recomendação nº 31 do CNJ e na Lei 12.401 de 2011 tenha sido assentado o entendimento de não ser recomendável autorizar o fornecimento obrigatório de medicamentos não registrados pela ANVISA, percebe-se que outros critérios também podem ser levados em consideração, ainda que de forma excepcional, para justificar o fornecimento de medicamento não registrado, tendo em vista o lento processo de aprovação do medicamento, como muito frisado por muitos especialistas durante a Audiência. Os argumentos utilizados no presente julgamento evidenciaram que o medicamento não tem origem estrangeira e que consta na lista de medicamentos que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. No referido caso, por tratar de uma política pública já implementada, o Judiciário pode impor sua efetivação. Essa ponderação já mostra algum avanço em relação à implementação dos parâmetros apresentados na Audiência Pública, pois já se nota sensível diferença na argumentação que não se resume mais em apenas justificar a importância do direito à saúde como direito que deve sempre prevalecer frente a “questões secundárias” como o orçamento.

Contudo, enquanto se observou parte do entendimento consolidado na Audiência Pública para embasar a concessão do pedido, outra importante deixou de ser levantada: a prévia recusa da autoridade administrativa em atender ao pleito, anteriormente ao ajuizamento da demanda.

Esse mesmo “esquecimento” se repete em julgamento ainda mais recente (de 25 de junho de 2013), no RE 740.397, relatora Ministra Cármen Lúcia, de forma ainda mais grave, já que dessa vez o próprio agravante levanta essa questão:

Há política pública devidamente estabelecida pelo Estado do Espírito Santo que contempla o mesmo medicamento requerido (...) Desse modo, resta clara a violação do art. 196, na medida em que dar-se-á aos iguais o tratamento manifestamente desigual, vulnerando, assim, o princípio da

igualdade na prestação do acesso à saúde nele consignado. Isso porque aquele que busca a via judicial de imediato obterá o medicamento pleiteado sem a observância dos protocolos necessários à dispensação do medicamento, numa clara afronta a todos os cidadãos que a ele se submetem”. Sustenta, ainda, que “não há razão plausível para se exigir que o Município de Aracruz a forneça, bastando, para tanto, que o requerente seja inscrito na política pública já existente”. (grifos no original).

Contudo, essa questão não foi alvo de apreciação, limitando-se a relatora à análise os outros argumentos apresentados pelo agravante. Explicita, ainda, que:

Este Supremo Tribunal assentou que o magistrado não está obrigado a manifestar-se sobre todos os argumentos apresentados pelo recorrente, sendo suficiente a decisão fundamentada e coerente na solução jurídica apontada.

Ora, a prévia recusa da administração em prestar o serviço oferecido é um requisito de extrema importância, visto que as políticas públicas de saúde devem obedecer a regras e critérios, como o de maior necessidade, impossibilidade de recursos, idade, gravidade da doença, prescrição do medicamento por médico do SUS, dentre outros. Enfim, em se tratando de implementação de políticas públicas de saúde, em um contexto de recursos escassos, esses critérios devem ser estritamente respeitados para que se atenda quem mais precisa, sob pena de ocasionar a exclusão toda uma coletividade de milhares de pessoas que dependem do funcionamento dessas políticas. Como brilhantemente colocado por Ana Paula de Barcellos, “a rigor, a única diferença que distingue o autor de uma demanda judicial dessas milhares de pessoas é que estas não têm capacidade de mobilização, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia”.<sup>31</sup>

## Conclusão

O direito à saúde passou por um longo e difícil processo de reconhecimento de sua fundamentalidade. A Constituição de 1988 teve papel basilar nesse processo ao elenca-lo no rol dos direitos fundamentais sociais. Contudo, seu caráter programático gerou dúvidas quanto à dimensão de seu conteúdo e exigibilidade, levando muitas

---

<sup>31</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata**. Revista da Defensoria Pública. São Paulo, vol.1, n. 1 - jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20 jul 2013.

vezes ao equivocado entendimento de que não ser exigível judicialmente. O Supremo Tribunal Federal avançou muito nos últimos dez anos ao mudar essa concepção. Passou a reconhecer a necessidade de o judiciário atuar como um garantidor do dever de proteção à saúde atribuído ao Estado, sempre que a Administração Pública se mostre inerte.

Contudo, no atual cenário brasileiro, o Poder Judiciário enfrenta novos problemas. Não se discute mais se o direito a saúde deve ou não deve ser cobrado judicialmente, pois isso já foi consolidado que sim. Hoje o que gera dificuldades é determinar em quais casos concretos essa exigibilidade é essencial à manutenção das condições elementares à existência humana, isto é, ao mínimo existencial. Delimitar qual seria esse mínimo é importante, pois há que se lembrar que toda vez que uma prestação é concedida em uma demanda individual, se reconhece que essa mesma demanda compõe o direito de toda uma coletividade, também titular do mesmo direito à saúde, e que não foi alcançada pela prestação estatal. Coletividade essa que talvez sequer tenha condições de exigir seus direitos judicialmente. E mais que isso: o mesmo recurso estatal que será utilizado para cumprir essa demanda judicial é o que sairá das verbas destinadas às políticas públicas que atendem essa parcela populacional.<sup>32</sup> Diante disso, tem-se que a via judicial não deve ser utilizada como primeira opção para o acesso a tratamentos e medicamentos, dado o impacto causado pelas decisões nas políticas públicas em andamento, as quais dependem de seu bom funcionamento pois visam a atender um número muito maior de pessoas.

Contudo, reconhece-se aqui a dificuldade que os julgadores encontram em negar algum tipo de tratamento ainda que enquadrado fora dos critérios estabelecidos. Muitas vezes, a vida de uma pessoa depende da procedência do pedido pleiteado, restando ao juiz decidir pela sua concessão ou não. Logo, ainda que o julgador reconheça a existência e a importância de todos os critérios, extremamente difícil aplica-los quando isso significa uma diminuição da qualidade ou expectativa de vida de uma pessoa, por exemplo. Uma pessoa que possui “nome e rosto”. Ou seja, não se pretende aqui exigir a aplicação dos critérios ignorando a complexidade do caso

---

<sup>32</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata.** Revista da Defensoria Pública. São Paulo, vol.1, n. 1 - jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20 jul 2013.

concreto, mas ressalta-se a dificuldade de conciliação entre a necessidade e importância do atendimento aos parâmetros e o efeito causado nos juízes pela demanda individual relacionada ao direito à saúde.

Essa complexidade é resultado da configuração brasileira em um modelo de Estado Social, e, portanto, prestacional. Diante desse tipo de arranjo estatal, adotou-se uma Constituição capaz de delinear a atuação do Estado de modo a permitir que se alcancem os objetivos a que se propõe: a Constituição Dirigente. O dirigismo constitucional exige uma posição participativa do Poder Público, correspondente a um Estado fornecedor de prestações e não a um Estado que se contente em não violar a autonomia individual.

Assim, visto que a solução não é proibir demandantes individuais de exigirem prestações à saúde, dado a fundamentalidade do direito à saúde e a obrigatoriedade de o Estado concretizar os direitos constitucionalmente garantidos, o que se pode tentar é diminuir ao máximo os efeitos externos causados no âmbito das demandas individuais, de modo a evitar a acentuação de desigualdades. Considerando que a definição de quais prestações de saúde são constitucionalmente exigíveis envolve uma escolha trágica,<sup>33</sup> é essencial que haja construção de certos parâmetros que devem ser levados em conta na análise do caso concreto, sempre assimilados à luz da diretividade do programa constitucional.

Reconhecendo tais circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal se propôs a estabelecer quais parâmetros para atuação do poder Judiciário, convocando a Audiência Pública em 2009. Entendemos que a Corte realizou muito bem esse objetivo. Confirmou o entendimento consoante ao dirigismo constitucional ao reconhecer que a elaboração de políticas públicas não é prerrogativa só do Poder Executivo, mas também do Legislativo e Judiciário, e a este atribui-se legitimidade para o controle das políticas públicas. Porém, o principal ponto da Audiência foi demonstrar que essa atuação deve ser feita com extrema cautela. Em passagem extremamente esclarecedora, Fábio Corrêa de Souza Oliveira adverte:

A eficácia positiva das normas programáticas não significa a ilusão de resolver, pela via da judicialização, todos os males, pois que o legislador e

---

<sup>33</sup> Idem.

o administrador seguem com uma instância própria de juízo, de avaliação, tendo em vista que o Judiciário e a Corte Constitucional não são capacitadas para o exercício que a *Lex Fundamental* atribui ao legislador e/ou administrador. Tudo pode ser arguido, na tradução de chamar os responsáveis às suas atribuições, mas nem tudo pode ser efetivado judicialmente. Por outros termos, reitere-se: nem toda inconstitucionalidade pode ser resolvida pela judicatura.

Diante do exposto, conclui-se que a Audiência Pública foi de extrema importância para iniciar um novo processo de quebra de paradigma no âmbito da judicialização do direito à saúde, mas não exauriu, de forma alguma, todas as inquietações e divergências pertinentes ao tema. Ainda é necessária a incorporação, pelos aplicadores do direito, dos parâmetros acordados para uma adequada análise do caso concreto em um contexto de recursos escassos e exclusão social. Além disso, ainda é preciso que o STF assuma posicionamento mais firme, demonstrando, efetivamente, a aplicação dos critérios estabelecidos na Audiência Pública e da recomendação n. 31 do CNJ no julgamento dos casos concretos. Não basta a mera presença de certos “conceitos-chave” nos votos, é preciso que tais conceitos e parâmetros façam parte de um efetivo juízo de ponderação, de forma a influenciar verdadeiramente o processo de decisão. Caso contrário, não há que se falar em ponderação se sempre serão decididos casos diferentes, com peculiaridades diferentes, com base em uma mesma concepção prévia e imutável.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata.** Revista da Defensoria Pública. São Paulo, vol.1, n. 1 - jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20 jul 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em:

20 jul 2013.

MAGALHÃES, Camila B. de Carvalho Dorna. **Quanto Vale a Vida: O direito fundamental à saúde sob a perspectiva do igualitarismo liberal de Ronald Dworkin**. 2010. 81 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2010.

MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51364>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 06 ago. 2013.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Judicialização da saúde – algumas reflexões sobre o cenário atual**. Blog do Direito Sanitário: Saúde e Cidadania. Disponível em: <http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/08/19/judicializacao-da-saude-%E2%80%93-sobre-o-cenario-atual/>>. Acesso em: 27 jul 2013.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. **A Audiência Pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Sanitário. São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31. Nov. 2010/Fev.2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220>>. Acesso em: 20 jul 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349-371.