

## **Direito à Saúde no Brasil a partir da sua Dimensão Prestacional: Uma construção a partir da análise de jurisprudência \***

*Italo Roberto Fuhrmann\*\**

**Resumo:** O Direito fundamental à saúde assume um amplo espectro de posições jurídicas desenvolvidas tanto a partir da sua dimensão jurídico-objetiva, quanto subjetiva. Desde uma perspectiva de direito a prestações (positivo), depreendem-se também um significativo rol de direitos “processuais”, no âmbito da organização e do procedimento. Enquanto direito originário, a jurisprudência dominante no Brasil, em especial no STF, tem se reconduzido, para sua concretização judicial, à compatibilização entre as noções de “mínimo existencial” e “reserva do possível”, abrangendo medicamento não fornecido pelo SUS, equipamentos excepcionais para cirurgia, prestações que viabilizem o tratamento médico fora do domicílio do paciente, internações em UTIs e CTIs, reavaliação judicial das cláusulas contratuais no regime de saúde suplementar, assim como a concessão de tratamentos médicos excepcionais no exterior.

**Abstract:** The fundamental right to health takes on a wide spectrum of legal positions developed from its objective and subjective legal dimensions. From a perspective of rights to benefits (positive), is also inferred a significant list of "procedural" rights in scope of the organization and procedure. As an original constitutional right, case law prevailing in Brazil have been directed to reconcile the notions of "existential minimum" and the so-called “Reserve of the possible”, covering drug supply not provided by the Public Health System, exceptional surgical equipment, services that allow medical treatment outside the patient home, admissions in Intensive Care Units, judicial review of contractual arrangements in health insurance, as well as exceptional treatments abroad.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Direito Fundamental à Saúde.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction. Federal Supreme Court. Fundamental Right to Health.

\* Trata-se de excerto extraído de nossa dissertação de mestrado, desenvolvida no âmbito do Observatório de pesquisa e jurisprudência de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, coordenado pelo prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, em parceria com a Health Grand Challenges Initiative (Princeton), e defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2011).

\* Mestre em Direito do Estado pela PUCRS, ex-bolsista da Fundação Ford (EUA) e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Professor-tutor de Direito Constitucional e Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS)

## 1. Notas Introdutórias: O Fenômeno da “Judicialização” e o Direito Fundamental à Saúde

O termo “Judicialização” ou “Ativismo Judicial” pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, sempre foram compreendidas como políticas<sup>1</sup>, ou seja, questões que concernem a um âmbito de decisão coletiva<sup>2</sup>. Trata-se, em outros termos, tanto do controle jurisdicional da vontade do soberano *Hobbes* – exercido, tipicamente, pelo controle abstrato de constitucionalidade –, quanto pela aplicação direta da Constituição a determinadas situações<sup>3</sup>. Chegamos talvez, no Brasil, ao auge do debate acerca dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, originado da transição de um Judiciário periférico, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, para um Judiciário que, cada vez mais, se mostra como uma instituição central da democracia, designadamente em relação à sua expressão propriamente política, assim como sob a perspectiva da sua intervenção no âmbito social<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cf., instigante ensaio de Tiago Lopes Coelho, sobre a impossibilidade de se delimitar de forma pré-determinada e estagnada as áreas do Direito e da Política, A Eficácia dos Direitos Fundamentais pelo Controle Judicial de Políticas Públicas: entre a auto-contenção e a necessária consideração da macro-justiça, in: PINTO, Élide Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (Org.). *Judicialização, Orçamento Público e Democratização do Controle de Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010. p. 56-9.

<sup>2</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*. Teoria e Prática. São Paulo: Método, 2006. p. 163.

<sup>3</sup> Em período recente, os seguintes temas foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros Tribunais: a) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da previdência, relativamente à contribuição dos inativos, e da Reforma do Poder Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça; b) Relações entre Poderes: determinação dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e o papel do Ministério Público na investigação criminal; c) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção de gestação em hipóteses de inviabilidade fetal e as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias; d) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinatura telefônica, aumento do valor das passagens de transporte coletivo, fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde privados, etc. cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 384-5.

<sup>4</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22. Em estudo empreendido pelos autores, constatou-se, num período compreendido entre 1988 e 1998, um número crescente de Adins ajuizadas por governadores, procuradores, associações de classe e partidos políticos, tendo por objeto um amplo espectro de interesses, desde o mais particular até os de caráter universalista, de modo que os Tribunais, a partir da apropriação dos mecanismos constitucionais pela “comunidade de intérpretes”, cada vez mais tem levado a jurisdição para todos os âmbitos da vida social. Neste sentir, foi apontado o papel desempenhado pelos

A “Judicialização”<sup>5</sup> da política, e das relações sociais de uma forma genérica, constitui um fenômeno cada vez mais presente no âmbito da produção acadêmica e no debate judicial brasileiro, sobretudo quando se trata do tema relacionado aos direitos sociais<sup>6</sup>. Com especial agudeza, o caso do direito à saúde, por lidar com situações que, não raro, requerem premência no seu julgamento – sob pena, inclusive, de morte do litigante – e que, por outro lado, lida com o permanente incremento da tecnologia médica, o que, *ipso facto*, põe em causa, inexoravelmente, a questão orçamentária dos custos da saúde, especialmente face a um ordenamento jurídico, como o brasileiro, que possui um amplo espectro normativo de garantia do direito à saúde, individual e coletiva, tem se revelado de difícil solução para o Poder Judiciário<sup>7</sup>. Nada obstante, no caso dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, o fenômeno da chamada “judicialização” deve ser devidamente compreendido, em primeira linha, enquanto não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigações já regulamentadas na esfera legislativa e incorporadas em políticas públicas pré-definidas pelos órgãos da Administração Pública, fato este demonstrado por ocasião do julgamento da STA 175.

No presente texto, buscamos demonstrar, desde uma pesquisa empírica de coleta e análise de jurisprudência, o posicionamento dos Tribunais Superiores

---

governadores que conduzem o Supremo Tribunal Federal a exercer funções de Conselho de Estado, designadamente em relação à racionalização estrutural e organizacional da Administração Pública, impedindo corporativismos, privilégios e particularismos, assim como as Associações de classe que fazem do STF partícipe nas questões da vida social, como regulação do mercado de trabalho, política econômica e social, e, mediante a concessão de liminares nas Adins que contestam Medidas Provisórias, transforma-o em colaborador indireto na produção legislativa.

<sup>5</sup> O termo “judicialização” é um neologismo, que não pode ser identificável no léxico gramatical da língua em geral. No contexto alemão, ele remonta ao debate sobre questões fundamentais da relação entre Direito e Sociedade, e Direito e Política, ainda à época da República de Weimar. O termo foi utilizado pela primeira vez por Hugo Sinzheimer, em ensaio intitulado “Die Zukunft der Arbeiterräte”, publicado no ano de 1919, o qual descreveu a mudança do papel exercido pelos sindicatos na Alemanha. Cf. NUSSBERGER, Angelika. *Sozialstandards im Völkerrecht. Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes*. Habilitationsschrift. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 462.

<sup>6</sup> Cf., estudo seminal de José Reinaldo de Lima Lopes intitulado *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 185 e ss.

<sup>7</sup> É inegável o alto nível de preocupação do Poder Judiciário brasileiro em relação à “Judicialização” do Direito à saúde, atrelada ao binômio garantia constitucional-impacto econômico, posta a lume na convocação pelo, à época, presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, de Audiência Pública sobre Direito à saúde, em abril de 2009, com a participação de vários segmentos da sociedade civil.

brasileiros no que diz respeito à determinação do espectro de prestações materiais que conformam o conteúdo material do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Neste contexto, nossa atenção esteve voltada para a argumentação jurídica dos juízes para o deferimento ou não da demanda, especialmente no que tange aos aspectos de direito material da decisão.

## **2. Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo e/ou Experimentais – O problema do acesso a medicamentos não previstos pelos órgãos estatais**

Apesar da produção local de medicamentos genéricos, e a correlata previsão de um número significativo de tratamentos disponibilizados pelas listas e protocolos terapêuticos do Sistema Único de Saúde, a problemática do acesso a medicamentos excepcionais, de alto custo ou em fase de experimentação, no Brasil, tem sido objeto de intenso debate, em especial pelo fato de envolver diversos interesses, sociais, políticos e econômicos, muitas vezes contrapostos. O fenômeno da “farmaceuticalização” da saúde pública no Brasil “*Pharmaceuticalization of Public Health*”, como observa o antropólogo João Biehl, põe em risco a própria sustentabilidade da política de tratamentos médicos, refletido, exemplificativamente, no caso específico do acesso a tratamento para AIDS que, em 2005, destinou mais de dois terços do orçamento do País para compra de ARV<sup>8</sup> a fabricantes estrangeiros<sup>9</sup>. No bojo deste fenômeno, surgido a partir da mobilização em torno do tratamento da AIDS, muitos governos regionais estão sendo forçados a alterar os seus orçamentos para a saúde pública, em especial frente ao crescente número de demandas judiciais por medicamentos de alto custo, impulsionada por grupos de pacientes com doenças crônicas e genéticas raras, e que contam com o apoio da indústria farmacêutica<sup>10</sup>. Nada obstante, a incorporação de novos fármacos ao sistema público de saúde não é um fenômeno exclusivo do Brasil, mas constitui, cada vez mais, um elemento indissociável da maioria dos sistemas de saúde no mundo, proporcionando, em maior ou menor medida, uma melhoria ou manutenção das

<sup>8</sup> “*Antiretroviral drugs*”. Medicamentos que inibem o desenvolvimento do vírus HIV no corpo humano.

<sup>9</sup> BIEHL, João. *Will to Live. Aids Therapies and the Politics of Survival*. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 99.

<sup>10</sup> *Ibidem*. p. 99.

condições de saúde das populações<sup>11</sup>. A jurisprudência brasileira tem se manifestado diversas vezes acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo, tanto no que diz com os já previstos em políticas públicas, como nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS ou no programa de dispensação de medicamentos excepcionais, quanto os medicamentos em fase experimental, sem comprovação de eficácia e/ou sem registro nos órgãos oficiais do governo, em especial na ANVISA.

A decisão que, sem dúvida, abordou o tema de forma mais abrangente foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR/CE, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, julgada em 17 de março de 2010. Tratou-se, em linhas gerais, do ajuizamento de ação por intermédio do Ministério Público Federal em favor de jovem com doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, objetivando o fornecimento pelo Estado de medicamento denominado Zavesca (princípio ativo *miglustat*), cujo tratamento revelava-se de alto custo (R\$ 52.000,00, ao mês), não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, apesar de aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pela Agência Europeia de Medicamentos. De acordo com os documentos coligidos nos autos do processo, o medicamento pleiteado era o único capaz de deter a progressão da doença de *Niemann-Pick Tipo C*, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente, de modo a lhe possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da sua qualidade de vida.

A União, como polo passivo na demanda, utilizou, preponderantemente, como argumentos à suspensão da tutela, o princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria usurpando da Administração o exercício precípuo de formulação de políticas públicas; a não inserção do medicamento Zavesca na lista de protocolos e diretrizes do SUS, não estando contemplado pela política farmacêutica da rede pública; a ineficácia do medicamento pleiteado para o tratamento da doença *Niemann-Pick Tipo C* – apesar de não comprovar a impropriedade do fármaco –; a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e passiva da União, visto que a

<sup>11</sup> SCHEFFER, Mário. Judicialização e Incorporação de Tecnologias: O Caso dos Medicamentos para Tratamento da Aids no Sistema Único de Saúde, in: KEINERT, Tânia; DE PAULA, Silvia; BONFIM, José. (Orgs.) *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 129.

responsabilidade solidária dos integrantes do SUS não está ainda normatizada, além de suscitar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Com efeito, esta decisão pode ser entendida como marco jurisprudencial, relativamente à definição de rumos hermenêuticos à atuação dos juízos e Tribunais brasileiros, especialmente no que concerne às demandas judiciais por tratamentos de alto custo. Esta decisão encontra-se no bojo de uma análise conjunta (Plenária) do Supremo Tribunal Federal que indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinavam ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo e tratamentos não oferecidos a pacientes com doenças graves.

Importantes diretrizes foram consignadas nesta decisão, como a que privilegia o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, ressalvada a comprovação da ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal não vedou ao Poder Judiciário a concessão de medida diversa à custeada pelo SUS, que poderá ser fornecida a determinada pessoa desde que esta comprove a indispensabilidade do tratamento pleiteado. Quedou pacífico o fato de que a medicina baseada em evidências científicas<sup>12</sup>, adotada pelo Sistema Único de Saúde brasileiro através dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, pode ser contestada na esfera judicial, devendo estes ser submetidos à revisão periódica e a novas elaborações.

Ainda neste contexto, ou seja, quando não há política pública específica de serviços de saúde, a decisão fez expressa distinção entre os tratamentos puramente experimentais e os novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de saúde brasileiro. Relativamente aos tratamentos experimentais, aqueles sem comprovação científica de sua eficácia, e que 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. De fato, essas drogas, como, de resto, afirmado na Audiência

<sup>12</sup> Frente a crescente complexidade da atenção à saúde, especialmente com o uso cada vez maior de novas tecnologias, sejam elas de diagnóstico ou curativas, o SUS passou a adotar critérios da “Medicina com Base em Evidências”. A MBE se baseia na aplicação do método científico a toda prática médica, ou seja, a partir de “provas científicas” buscadas na crítica da literatura, consulta da literatura original (fontes primárias) e/ou revisões sistemáticas da literatura e diretrizes clínicas baseadas em evidências (fontes secundárias). Cf. KEINERT, Tânia M. Mezzomo. Apresentação, in: KEINERT; DE PAULA; BONFIM (Org.). *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 16.

Pública, não podem ser compradas em nenhum País, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, sendo que o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou de programas de acesso expandido, de modo que não é possível obrigar o SUS a custeá-las. Neste sentido, o laboratório que realiza a pesquisa deve continuar a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. De outra banda, os novos tratamentos (aqueles ainda não incorporados pelo SUS) podem eventualmente ser pleiteados pela via judicial.

Com efeito, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS, especialmente frente ao fato de que o conhecimento médico não é estanque, e de que sua evolução é muito rápida e de difícil acompanhamento pela burocracia administrativa, 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. Neste caso, frisou-se a imprescindibilidade da devida instrução processual, com ampla produção de provas, tornando a medida cautelar, neste sentido, em meio inidôneo de efetivação do direito em sede judicial.

Por fim, o argumento exclusivamente baseado no alto custo do medicamento não pode servir como critério de indeferimento da demanda, justamente face à existência de uma Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais que, fundamentalmente, objetiva o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Neste sentido, a simples argumentação fundada na dimensão econômica do tratamento mostra-se inidônea, na perspectiva do Judiciário brasileiro, para o indeferimento da demanda judicial.

Outras decisões no âmbito do STF também trataram sobre a concessão de medicamentos de alto custo, como dão conta os exemplos da Suspensão de Segurança 2944, de relatoria da ministra Ellen Gracie, julgada em 17 de agosto de 2006, deferindo pedido pelo fornecimento gratuito pelo Estado da Paraíba de *Citrato de Sildefanil*, que, embora não previsto na lista de medicamentos a serem fornecidos à população (Portaria Ministerial 1.318 de 2002) e de elevado custo, o seu não fornecimento acarretaria risco à vida do impetrante, que sofria de doença relacionada à hipertensão pulmonar; e a Suspensão de Segurança 3345/RN, min. relatora Ellen Gracie, julgada aos 13 de setembro de 2007, que determinou o fornecimento pelo Estado do Rio Grande do Norte do medicamento Fortéo (*Tereparatida*) à impetrante, portadora de doença crônico-

degenerativa, nada obstante a sua não previsão orçamentária e seu elevado custo financeiro<sup>13</sup>.

Embora, atualmente, o objeto do direito à saúde no Brasil concentre-se mais no acesso a medicamentos, este abrange uma gama variada de serviços e prestações médicas, como acesso a consultas, aparelhos cirúrgicos<sup>14</sup>, órteses/próteses<sup>15</sup>, suplemento alimentar<sup>16</sup>, consultas com profissionais de saúde não-médicos, como nutricionistas e fisioterapeutas, dos quais as internações em UTIs e CTIs – objeto da seguinte investigação – faz parte.

### 3. Internações Hospitalares UTIs/CTIs

O objeto do direito à saúde, na jurisprudência brasileira, não se resume apenas à concessão de medicamentos, mas também abrange o direito a internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e em Centros de Terapia Intensiva (CTIs). Com efeito, uma das principais decisões sobre a matéria foi proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião da Suspensão de Liminar 228/CE, cuja relatoria coube ao ministro Gilmar Mendes, e cujo julgamento se deu em 14 de outubro de 2008. Tratou-se de pedido de suspensão de liminar, ajuizada pela União, contra decisão proferida pelo

<sup>13</sup> Neste sentido, ver as seguintes decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal: SS 2793/MT, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 21 de setembro de 2005; SS 2842/MT, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 06 de fevereiro de 2006; Pet 1246 MC/SC, min. Rel. Celso de Mello, julgada aos 31 de janeiro de 1997; RE 198265/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 19 de setembro de 2001; RE 273834/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 23 de agosto de 2000; RE 393175 AgR/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 12 de dezembro de 2006; AI 452312/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 31 de maio de 2004; RE 557548/MG, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 08 de novembro de 2007; RE 195.192-3/RS, min. Rel. Marco Aurélio, julgado aos 22 de fevereiro de 2000, dentre outros. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, podemos colacionar os seguintes julgados: RMS 17903/MG, min. Rel. Edson Vidigal, julgado aos 02 de maio de 2005; REsp 684.646, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 05 de maio de 2005; REsp 658323, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 03 de fevereiro de 2005; STA 59 AgR/SC, min. Rel. Edson Vidigal, julgada aos 25 de outubro de 2004; AgRg na SS 1408, min. Rel. Edson Vidigal, julgado aos 25 de outubro de 2004; RMS 17425/MG, min. Rel. Eliana Calmon, julgado aos 14 de setembro de 2004; REsp 625329/RJ, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 03 de agosto de 2004; RMS 11183/PR, min. Rel. José Delgado, julgado aos 22 de agosto de 2000; Resp 57608/RS, min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado aos 16 de setembro de 1996; AI 874718/RS, min. Rel. Teori Albino Zavascki, julgado aos 07 de fevereiro de 2008; REsp 338373/PR, min. Rel. Laurita Vaz, julgado aos 10 de setembro de 2002; Resp 353147, min. Rel. Franciulli Netto, julgado aos 18 de agosto de 2003, dentre outros.

<sup>14</sup> STA 283/PR, julgada em 07 de abril de 2010.

<sup>15</sup> RE 568537/DF, julgado em 26 de outubro de 2009.

<sup>16</sup> SS 4045/CE, julgada em 07 de abril de 2010.

Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral (Ação Civil Pública nº 2007.81.03.000799-0) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a qual determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais Unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas.

Na origem, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Ceará ajuizaram ação civil pública, com pedido de liminar, buscando garantir à população dos 61 municípios que compõem a Macro-Região Administrativa do SUS de Sobral o acesso aos serviços médicos de urgência necessários ao tratamento intensivo quando em condições de grave risco à saúde. Alegaram que, após a instauração do Inquérito Civil Público, constatou-se um quadro de saúde pública extremamente agravado na região, a qual só disponibilizava 9 leitos para atendimento aos pacientes do SUS.

A decisão liminar que a União buscou suspender, ao determinar que todos os pacientes que necessitassem de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo fossem transferidos para hospitais que as possuíssem e que fossem realizadas as ações necessárias para providenciar a instalação e o funcionamento de 10 leitos de UTIs neonatal, 10 leitos de UTIs pediátrica e 10 leitos de UTIs adulta na macro-região de Sobral, fundamentou-se em medida legislativa já concretizada neste sentido<sup>17</sup>.

Outras decisões corroboram este entendimento, citando-se, a título exemplificativo, as decisões em sede de Superior Tribunal de Justiça, nas quais o direito à saúde pressupõe a possibilidade de internação do paciente em UTIs, havendo direito de pleitear o pagamento do Estado por internação em tais Unidades realizada na Rede Privada<sup>18</sup>, a declaração de abusividade das cláusulas contratuais de planos de seguro de

<sup>17</sup> Portaria nº 3.432/GM, de 12 de agosto de 2002, do Ministério da Saúde, “Todo hospital que atenda gestante de alto risco deve dispor de leitos de tratamento intensivo adulto e neonatal”. A Portaria MS/GM nº 1.101, de 13.06.2002, que estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS, especifica a quantidade mínima de leitos de Unidades de Tratamento Intensivo de acordo com o número de habitantes de cada região; e a Portaria MS/GM nº 3.432, de 13.08.1998, alterada pela Portaria nº 332, de 28.03.2000, que estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo, torna obrigatória a existência de leitos de UTI neonatal nas unidades que possuam maternidade de alto risco.

<sup>18</sup> REsp 1198486, min. Rel. Eliana Calmon, julgado em 19 de agosto de 2010.

saúde limitativas do tempo de internação<sup>19</sup>, e a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação visando internação hospitalar e tratamento de saúde em UTI, em demanda individual, e como direito indisponível<sup>20</sup>.

#### 4. Cláusulas Contratuais no Regime de Saúde Suplementar

O art. 197, *caput*, inserido no título VIII (da ordem social), da CF/88, estabelece, expressamente, que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Extrai-se deste preceito constitucional que todos os serviços e ações de saúde estão sob o domínio do Poder Público, ainda que sejam prestados por instituições de direito privado. Com base nisso, foi criado, em 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, cuja principal tarefa é a de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores (Lei 9.961/2000)<sup>21</sup>. A dificuldade em regulamentar o setor não decorre apenas do aumento significativo no que se refere ao número de beneficiários, mas também ao fato de que, diferentemente dos demais setores regulados pela Administração Pública, como, por exemplo, as Telecomunicações (ANATEL), Petróleo e Gás (ANP) e a Energia Elétrica (ANEEL), que foram decorrentes da desestatização, a Agência Nacional de Saúde Suplementar nasceu praticamente do zero, já que o conhecimento sobre o setor era açambarcado pelos agentes do mercado<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> REsp 361415, min. Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de junho de 2009.

<sup>20</sup> REsp 899820/RS, min. Rel. Teori Albino Zavascki, julgado em 24 de junho de 2008.

<sup>21</sup> Dentre as suas competências, destacam-se: a) Fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; b) Autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixadas conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde; c) Estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços oferecidos pelas operadoras; d) Expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; e e) Propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar para a regulação do setor de saúde suplementar.

<sup>22</sup> Cf. JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da Cunha. O Mercado de Saúde Suplementar – A Busca do Equilíbrio, in: NOBRE; DA SILVA (Orgs.), op. cit., p. 275. Ademais, o autor sustenta

Apesar da existência de instâncias administrativas de regulação do setor privado da saúde, o Poder Judiciário é constantemente acionado para a solução de casos relacionados ao conflito entre a operadora de planos privados de saúde e o consumidor. Por diversas vezes os Tribunais brasileiros se manifestam no sentido de declararem como abusivas cláusulas contratuais que, na visão do Judiciário, atentam contra o direito à saúde<sup>23</sup>. A maior parte delas dizem respeito ao afastamento prévio de tratamento a moléstias infectocontagiosas de notificação compulsória, como é o caso da AIDS/HIV (AgRg no Resp 265872/SP, min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 18 de setembro de 2003; AgRg no Resp 251722/SP, min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 22 de outubro de 2001; Resp 255064/SP, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 05 de abril de 2001), assim como as que limitam o tempo de internação (Resp 251024/SP, min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 27 de setembro de 2000 e Resp 158728/RJ, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado aos 16 de março de 1999). Em relação a esta última, o Superior Tribunal de Justiça já editou súmula no sentido de declarar como abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar de segurado (súmula 302/STJ).

Com efeito, trata-se, como desenvolvido no item 2.5, da chamada “eficácia horizontal” do direito à saúde, que, embora, no caso, seja objeto de um contrato entre particulares, tem recebido proteção judicial, especialmente com base no código de defesa do consumidor e nas normas constitucionais de tutela do direito à saúde. Este posicionamento dos Tribunais dialoga também com a própria noção de função social dos contratos. O contrato, assim como os principais institutos clássicos do direito privado, como dá conta o exemplo do direito de propriedade, vem, especialmente a partir da denominada função social do Direito, engendrada no constitucionalismo do início do século XX, sofrendo alterações nas suas bases estruturais de legitimação

---

que a falta de conhecimento do setor público sobre o privado no tocante à assistência à saúde é decorrente do esforço despendido para a construção do SUS e do preconceito de parte dos sanitaristas em relação ao setor privado, inclusive com uma visão estatizante do sistema de saúde.

<sup>23</sup> Dentre outros, Superior Tribunal de Justiça: AI 1051037, min. Rel. Aldir Passarinho Júnior, julgada em 10 de março de 2009; AI 1103208, min. Rel. Sidnei Benetti, julgada em 27 de fevereiro de 2009; AI 1057060, min. Rel. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), julgada em 25 de fevereiro de 2009; AI 1075075, min. Rel. João Otávio de Noronha, julgada em 12 de março de 2009; REsp 1046355, min. Rel. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgada em 15 de maio de 2008; REsp 519.940, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgada em 17 de junho de 2003.

jurídica. Se dantes, num contexto marcado pela teoria política e filosófica liberal e individualista, de matriz kantiana, o contrato baseava-se tão somente na vontade individual dos contratantes, aptos a determinarem a forma e o conteúdo do objeto contratado, limitado apenas pela estrita legalidade, cujos efeitos só diziam respeito à relação entre os contratantes, contemporaneamente o contrato, para a sua validação jurídica constitucional e legal, necessita, também, atender a uma função social, que transcende a esfera estrita da relação jurídica intersubjetiva.

### 5. **Tratamentos Excepcionais no Exterior**

Em recente decisão da lavra da ministra Carmen Lúcia, RE 542641/DF, julgada em 28 de maio de 2010, ficou assente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade ou não do Estado custear ao demandante tratamento excepcional no exterior. Com efeito, nesta decisão não ficou descartada, a princípio, o direito a tratamento de saúde no exterior, mormente quando se tratar de risco à vida do paciente. Contudo, tal possibilidade ficaria restrita à ocorrência de certas circunstâncias, como a não existência de tratamento similar da doença no Brasil, e que tal tratamento, a ser realizado no exterior, tenha a sua eficácia demonstrada pela comunidade médica nacional<sup>24</sup>.

Neste mesmo sentido, na Suspensão de Segurança 2.998, min. Rel. Ellen Gracie, julgada em 29 de novembro de 2006, foi deferido tratamento no exterior a paciente, cuja estadia na França para submissão a procedimento cirúrgico foi custeada pelo Estado do Rio Grande do Norte, mediante a entrega ao impetrante da importância de R\$ 50.037,30. Tratava-se de paciente hipossuficiente, cujo tratamento médico era indispensável à sua sobrevivência. Ademais, o procedimento técnico (Ablação por Laser) apenas era realizado pela equipe médica do Hospital Antoine-Béclère, conforme atestado pelo laudo médico do Hospital Universitário de Brasília – HUB.

<sup>24</sup> Neste mesmo sentido, cf. RE 421402/DF, min. Rel. Dias Toffoli, julgado em 06 de maio de 2010. Tratava-se de tratamento da doença Retinose Pigmentar, a ser realizada na República de Cuba. O ministro colacionou, ainda, outro argumento, referente à viabilidade econômica da pretensão, uma vez que “há que se observar que o direito social da proteção à vida e à saúde assegurados pela Constituição traduz-se em objetivo a ser alcançado pela sociedade, mas deve ser avaliado dentro das possibilidades reais do sistema previdenciário do País.

Em decisão pronunciada em sede de Suspensão de Tutela Antecipada<sup>25</sup>, foi indeferido o pedido da União no sentido de suspender o pagamento de US\$ 218.833,00, relativamente ao custeio de tratamento realizado no Texas/EUA, a paciente portador de *Linfoma de Hodgkin*, caso raro de câncer que o levaria à morte, se não tratado com urgência. No caso, todos os tratamentos possíveis no Brasil foram testados, de modo que nenhum obteve êxito no combate à doença. A necessidade vital do tratamento, o esgotamento das possibilidades do mesmo de ser realizado no Brasil, e a indicação, através de laudo médico, do tratamento em instituição norte-americana, balizaram a decisão do Supremo.

Cumpra, por fim, a menção à Suspensão de Tutela Antecipada 36<sup>26</sup>. Tratou-se de pedido pela União de suspensão de sentença que, em ação civil pública, determinou o financiamento de operação de transplante hepático, a ser realizado nos Estados Unidos. No caso concreto, o Tribunal entendeu razoável permitir ao paciente que se trate no exterior, em razão da comprovada incapacidade técnica da Administração Pública para realizar o procedimento cirúrgico pleiteado. Tal procedimento nunca havia sido realizado no País, não se configurando como mero transplante hepático, mas de cirurgia complexa, já que realizada em portador de MSUD (*Maple Syrup Urine Disease*), que pressupõe acompanhamento metabólico pré, intra e pós-operatório, em que a descompensação implicaria em graves sequelas neurológicas ou mesmo na morte do paciente.

## 6. Direito à Saúde e Tutela Ambiental

Relativamente à conformação do objeto do direito à saúde, houve uma significativa ampliação deste pelo Supremo Tribunal Federal, designadamente nos julgados ocorridos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Conforme já comentado neste estudo, em uma das primeiras decisões do STF sobre direito à saúde, após o advento do texto constitucional de 1988, ficou assente a influência da nova Carta Política sobre o posicionamento da Corte, especialmente no que diz respeito à

<sup>25</sup> STA 50/PA, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 7 de novembro de 2005.

<sup>26</sup> STA 36/CE, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 21 de setembro de 2005.

dogmática dos direitos fundamentais (em especial do direito à saúde) imersa no que se tem denominado de Estado Socioambiental de Direito<sup>27</sup>.

Com efeito, neste item, abordaremos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria ambiental, designadamente a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 101, julgada aos 24 de junho de 2009, que, frente a sua atualidade e abrangência, constitui o *leading case* no que tange à proteção ambiental do direito à saúde no Brasil. Ademais, cumpre destacar que nesta decisão foram estabelecidas diretrizes sólidas acerca da relação imbricada e aparentemente contraposta entre desenvolvimento econômico e proteção (e promoção) do meio ambiente, e o direito à saúde neste contexto, inclusive com a realização, em 27 de junho de 2008, de Audiência Pública, com a participação significativa de múltiplos segmentos da sociedade civil.

Antes de adentrarmos em específico na decisão ora em comento, e na análise suplementar de demais decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal, destinaremos, de forma sintética, breves linhas em torno da proteção ambiental no Brasil, em especial a partir de sua vinculação com o direito fundamental à saúde e seus principais instrumentos de tutela jurídica.

Com efeito, foi apenas no dealbar da década de 1980 que o direito fundamental ao meio ambiente logrou seus primeiros avanços efetivos na seara de proteção jurisdicional. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) o definiu, em seu artigo 3º, inciso I, como sendo: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Mais a frente, no seu inciso III, vinculou-o expressamente ao direito à saúde dispondo que a poluição é “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a *saúde*, a segurança e o bem-estar da população”. A referida lei, no entanto, foi além, concedendo legitimação ao

<sup>27</sup> SS 249/MS, min. rel. Rafael Mayer, julgada aos 13 de dezembro de 1988. Nesta decisão, o STF vinculou o direito à saúde à proteção e promoção do meio-ambiente, inclusive em termos de meio-ambiente do trabalho, determinando a cessação, em caráter liminar, de atividades poluentes de indústria mineradora, com danos generalizados à saúde da população, especialmente pela emissão de fumaça, sem filtro anti-poluidor, contendo óxidos de nitrogênio, enxofre, carbonos, manganês, ferro e material particulado. Para um estudo abrangente sobre o tema do chamado Estado Socioambiental de Direito, inclusive em termos de direito comparado, cf. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Ministério Público para a ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente (art. 14, §1º). Tal disposição fez surgir, em nosso sistema jurídico, hipótese de *ação civil pública ambiental*.<sup>28</sup> Sobreveio, em um segundo momento, a lei 7.347/1985, disciplinando a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente. A partir dos dispositivos nela insertos, o processo judicial perde definitivamente seu caráter individualista, passando a defender interesses supra-individuais, consignados sob a rubrica de *difusos, coletivos e individuais homogêneos*.

Nada obstante, uma proteção jurídica sistematizada do meio ambiente e, neste contexto, do direito à saúde, iniciou apenas, nomeadamente, a partir da promulgação do nosso atual texto constitucional<sup>29</sup>. Com efeito, o direito brasileiro, além de prever, em termos constitucionais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito e dever fundamental (art. 225, CF/88), inclusive na sua dimensão subjetiva<sup>30</sup>, estipula, na seara infra-constitucional, diversos instrumentos de garantia da efetividade deste direito, não apenas no que pertine à sua dimensão organizatória e procedimental, mas também como instrumentos normativos integradores dos dispositivos constitucionais conformadores do direito ao meio ambiente. Dentre estes, podemos citar a lei 9.985/2000, c/c a Medida Provisória nº 366/2007, que determinam a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e promoção do manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas, assim como a exigência, na forma da lei, de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, devidamente publicizado. É de se referir ainda a Lei 8080/1990, que estabelece que a garantia de condições de bem-estar físico, mental e social fazem parte das ações de saúde e que o meio ambiente é um dos fatores determinantes e condicionantes da saúde (art. 3º, caput e § único, da Lei 8080/90).

<sup>28</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1009.

<sup>29</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. (Org.) *Direito Ambiental em Evolução*. 2ª ed. Juruá Editora: Paraná, 2002.

<sup>30</sup> Segundo a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado, o art. 225 da CF/88 cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 5º, LXXIII, da CF/88), in: *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 116 e ss. Cf., também, SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 835 e ss. Neste sentido, o autor qualifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito social do homem, cujo bem jurídico tutelado é a qualidade do meio ambiente, objetivando, de forma mediata, a saúde, o bem-estar e a segurança da população.

Preliminarmente, no âmbito da conformação judicial do âmbito de proteção do direito à saúde na perspectiva da tutela ambiental, é de se citar o Recurso Extraordinário 406192/SC, julgado em 22 de dezembro de 2009, sob a relatoria da ministra Ellen Gracie. Tratou-se, neste aresto, da possibilidade e dos limites do controle judicial da conformação dos atos políticos no âmbito municipal em relação às políticas públicas necessárias à preservação do meio ambiente, designadamente no que toca à violação dos artigos 6º, 196 e 225 da Constituição Federal.

No caso em tela, cuidou-se de ação civil pública que visava assegurar a implantação de uma rede de esgoto no município de Chapecó, em Santa Catarina, de modo a evitar a poluição ambiental e a garantir a saúde primária da comunidade. Neste sentido, ao deferir o Recurso Extraordinário, a decisão reconheceu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas de governo quando necessária à garantia de um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais, avultando, neste contexto, o direito à saúde no âmbito da proteção do meio ambiente, sem que aí haja uma violação ao princípio da separação dos poderes. Ainda que se possa considerar que o mérito do ato administrativo é questão discricionária, de exame exclusivo da Administração Pública, tal ato está indissociavelmente vinculado ao interesse público, que não pode frustrar a efetividade dos direitos constitucionais, sob pena de controle e determinação concreta do Poder Judiciário ao Poder Executivo<sup>31</sup>.

Sem embargo, como *leading case* na matéria, está a ADPF 101, proposta pela presidência da república, por intermédio da Advocacia Geral da União, questionando decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados, a despeito de todo um arcabouço jurídico em vigor no país que proibia tal importação<sup>32</sup>. Tais decisões baseavam-se, essencialmente, na ofensa do regime constitucional da livre iniciativa e da liberdade de comércio (art. 170, IV, § único, da CF/88); na ofensa ao princípio da

<sup>31</sup> Cf., também, o conjunto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade sobre a validade das legislações estaduais – designadamente no campo da competência normativa –, que restringem a eficácia da Lei Federal 9055/95, sobre a utilização do amianto e a proteção do meio ambiente do trabalho, em especial ADI 3937, min. rel. Marco Aurélio, julgado em 4 de junho de 2008, indeferindo liminar para suspensão de Lei estadual do Estado de São Paulo (Lei nº 12.684/2007) que proíbe o uso de produtos, materiais e artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbestos ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.

<sup>32</sup> Desde 1991, há no país, preliminarmente através da portaria do Departamento de Comércio Exterior nº 8, vedação à importação de bens de consumo usados.

isonomia (art. 5º, caput, da CF/88), uma vez que o Poder Público estaria autorizando a importação de pneus remoldados provenientes de países integrantes do MERCOSUL; no fato de que os atos normativos proibitivos da importação só abarcariam pneus usados, nos quais não estariam os pneus recauchutados; e que tais restrições não poderiam ser veiculadas por meio de ato regulamentar, mas apenas por lei em sentido formal; e, por último, na Resolução do CONAMA<sup>33</sup> nº 258, de 1999, com a redação determinada pela Resolução nº 301/2002, que teria revogado a proibição da importação de pneus usados, na medida em que teria previsto a destinação de pneus importados reformados. Contrariando tal entendimento, de acordo com a argumentação da AGU, tratava-se, de forma clara, de violação ao art. 225 e do art. 196, ambos da CF/88, especialmente a partir da incineração e do depósito de pneus velhos.

Estava em causa uma tarefa de ponderação de valores, ou seja, uma decisão que deveria levar em conta, por um lado, o direito fundamental à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a livre iniciativa econômica, a qual, como bem observado pelo ministro Marco Aurélio, não poderia ser restringida em desconformidade com o princípio da legalidade. Neste sentido, para o ministro haveria uma reserva legal à proibição ao livre exercício de qualquer atividade econômica, ressaltando os interesses desta limitação aos fabricantes de pneus e ao fato de que o preço dos pneus remoldados seria mais acessível aos “menos afortunados”. Entendeu-se, em síntese, por maioria de oito votos a um, que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizavam a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF/88<sup>34</sup>. Esta decisão não abarcaria os atos judiciais já

<sup>33</sup> Conselho Nacional do Meio Ambiente.

<sup>34</sup> Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: inciso I: soberania nacional; inciso VI: defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Art. 196: A saúde é 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. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e

transitados em julgados, já que não haveria a possibilidade de devolução dos pneus que já estão em território nacional.

Com efeito, apesar do grande papel exercido pela conformação jurídico-constitucional da tutela ambiental no direito constitucional brasileiro, esta decisão foi fortemente influenciada pelos dados obtidos na Audiência Pública, onde foram confirmados cientificamente os danos advindos das inúmeras formas de descarte dos pneus, inclusive no que toca à proliferação de doenças, como a dengue, além da auto-suficiência do mercado interno na produção de pneus usados a serem remoldados, e pelo fato de que, devido a não classificação prévia dos pneus importados, especialmente da Europa, de 30 a 40 por cento são inservíveis para a remoldagem, ou seja, são simplesmente passível ambiental. Insinua-se, exatamente por este último dado, que a exportação de pneus da União Europeia seria uma forma encontrada de simples descarte de seus pneus velhos, com produção estimada em 80 milhões por ano.

Em termos de conclusão, verifica-se, no Brasil, um espectro normativo e jurisprudencial significativo em prol da proteção cada vez mais intensa do direito à saúde, relacionado à promoção e preservação do meio ambiente. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é frequentemente relacionado a outros direitos fundamentais e que, não raras vezes, é violado pela ausência de regras claras e unificadas, especialmente em se tratando de comércio exterior. Como os grandes problemas ambientais, hoje em dia, são transfronteiriços<sup>35</sup>, uma vez que a sua origem material se encontra toda ou em parte dentro do território de um Estado e tem efeitos nocivos sobre o território de outro Estado, a querela jurídica decidida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a (im)possibilidade de importação de pneus usados poderia ser um incentivo ao fortalecimento da conformação política do MERCOSUL, como âmbito unificado de diretrizes comerciais e ambientais, como de resto se verifica na União Europeia<sup>36</sup>, visando o fortalecimento da proteção ambiental e evitando, destarte, as desigualdades na concorrência econômica.

---

preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>35</sup> KAHL, Wolfgang; SCHMIDT, Reiner. *Umweltrecht*. 7ª aufl. C.H.Beck, München, 2006. p. 300.

<sup>36</sup> SILVA, Vasco Pereira da. Ventos de Mudança no Direito do Ambiente – A Responsabilidade Civil Ambiental, in: *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 3, nº 7 – abr/jun. 2009. p. 82.

## 7. Notas Conclusivas

O texto que apresentamos à comunidade acadêmica, juízes e demais operadores do Direito, e que ora se publica no Observatório da Jurisdição Constitucional, do prestigiado Instituto Brasileiro de Direito Público, teve como objetivo contribuir com o debate acerca dos limites e possibilidades da atuação do Poder Judiciário na seara dos direitos sociais, em especial do direito fundamental à saúde. Embora possa-se defender, do ponto de vista jurídico-dogmático, a existência de uma dimensão negativa (defensiva) do direito à saúde, optamos por analisar o aspecto estrito das prestações materiais que o envolvem, justamente por lidar, de forma mais direta, com as possibilidades econômicas do Estado, e que, não raro, constituem casos de difícil resolução, não apenas nos Tribunais superiores, mas também nas instâncias iniciais de jurisdição.

O termo “judicialização” tem sido empregado com um inequívoco sentido pejorativo, de excesso de atuação do Poder Judiciário em questões que atinem, em primeira linha, à atuação dos poderes representativos da democracia parlamentar, cujo principal argumento para a sua auto-restrição se fundamenta no princípio da separação de poderes, mais especificamente na reserva parlamentar em questão orçamentária. No caso específico do direito à saúde, grande parte das demandas se refere, precipuamente, ao não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigação já regulamentada na esfera legislativa e incorporada em política pública pré-definida pelos órgãos da Administração Pública, de modo que, aqui, não há de se falar em limitação no espaço decisório da política, designadamente dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, a partir de pesquisa quantitativa formulada com palavras-chave inseridas nos *sites* de busca dos principais Tribunais do País, verificou-se que os processos judiciais, indexados com os termos “Direito e Saúde”, “Direito à Saúde”, e “medicamento”, correspondem a uma pequena minoria do total dos processos julgados – de acordo com o CNJ, no ano de 2009 –, representando menos de 1% do total dos processos julgados pelo STF e menos de 2,5% dos processos julgados pelo STJ.

*Artigo recebido em 23 de agosto de 2012.*

*Artigo aceito para publicação em 31 de agosto de 2012.*