

A judicialização da saúde

O Direito Social e o Direito Subjetivo à saúde. O desafio de compreender um direito com duas faces

Patrícia Ulson Pizarro Werner¹

I. Introdução

No âmbito dos direitos fundamentais sociais a Constituição Federal de 1988 representou uma grande conquista e impôs ao intérprete o desafio de lidar com novos paradigmas, regidos pela composição das vertentes da justiça distributiva e da igualdade.

A interpretação dos direitos fundamentais sociais revela uma dificuldade inerente ao próprio objeto uma vez que a cobrança pela efetividade está atrelada de forma intrínseca à existência de recursos econômicos. Na realidade, o projeto constitucional brasileiro é assegurar, a todos, os direitos à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados².

Há claramente uma dimensão programática na implementação desses direitos, pois haverá sempre a necessidade de obter novas conquistas e aprimorá-los, por outro lado, a jurisprudência brasileira tem caminhado no sentido de reconhecer que são direitos com aplicabilidade imediata, o que fez surgir a questão de definir quais são os limites e a extensão de cada direito social, de modo a manter o equilíbrio entre a realidade social, as expectativas, as políticas públicas implementadas, os planos de governo, orçamento e as pretensões de cunho individual em um contexto comunitário.

Assim, o grande desafio atual é lidar com direitos que integram faces e princípios paradoxais: direito público subjetivo a prestações e o direito social de todos em situação igualitária.

Nesse contexto, o direito à saúde apresenta dificuldades proeminentes, com contradições inseridas na essência de seu objeto. Impõe-se ao intérprete o desafio de resolver um complexo quebra-cabeça, como conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais em conjunto com o seu aspecto evolutivo; a universalidade do sistema e a desigualdade social; igualdade e privilégios; direito subjetivo e direito coletivo; escassez de recursos e o uso indevido do orçamento; justiça comutativa e justiça distributiva; dar prioridade a políticas de prevenção ou recuperação; a efetiva participação da comunidade no sistema; a distribuição de tarefas entre os entes da federação; descentralização e a questão da municipalização e definição de quem tem legitimidade de escolher os caminhos para solucionar estes paradoxos.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo; Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Diretora da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. E-mail: pwerner@sp.gov.br. Palestra realizada no Congresso da UNIDAS – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde. Maio de 2009.

² . Artigo 6.º, *caput* da Constituição Federal.

O objetivo das reflexões a seguir expostas é apresentar os desafios que o Poder Público vem enfrentando para implantar e gerir o projeto Sistema Único de Saúde fixado pela Constituição Federal de 1988. Após 20 (vinte) anos, o momento é propício para analisar pontos positivos e negativos deste trajeto e repensar em como garantir a cada dia mais a melhora da qualidade do direito à saúde.

II. O operador do direito: o intérprete e a pré-compreensão

O direito à saúde revela a pré-compreensão do intérprete, porque todos têm a sensação de já ter conhecimento sobre tema, ainda que de maneira intuitiva, podendo-se afirmar que existe uma imagem particular do direito à saúde concebida por cada indivíduo (*policy image*)³. Também há de se considerar que todo auditório admite certo número de dados, como fatos, verdades, presunções ou valores: “*Um fato é importante na argumentação porque se considera que ele forma o objeto de um acordo universal ... Todos do auditório admitem também valores, valores abstratos, tal como justiça, ou valores concretos, tal como uma pátria. Tais valores não são com muita freqüência aceitos senão por um auditório particular.*”⁴

Para se trabalhar de forma científica com o direito à saúde é imprescindível superar a dimensão do conhecimento sensorial e utilizar a análise do campo do conhecimento racional, organizando padrões nos quais impera a razão objetiva.

Sabe-se de antemão que o intérprete irá atuar em uma área na qual não há uma única resposta, uma lei universal a ser aplicada a todos os casos. Somente o conhecimento amplo dos componentes do direito à saúde, em sua dimensão multidisciplinar, vai permitir sopesar premissas a fim de apresentar argumentos fortes para justificar sua opção diante do caso concreto⁵.

A análise dos casos concretos demonstra que os operadores do direito, em sua maioria, não foram e não estão suficientemente preparados para caminhar na área do direito social à saúde, carecendo muitas decisões de uma linha de argumentação mediadora da interligação de um *direito social à prestação* e um *direito subjetivo individual*.

Quanto mais se compreender a estrutura integral do direito à saúde exposta na Constituição Federal e a finalidade imposta pelo Constituinte Originário, haverá menos espaço para extensões ou restrições indevidas de seus limites e, conseqüentemente, haverá mais proximidade com o padrão de justiça distributiva, por possibilitar o preenchimento de conteúdos vagos e imprecisos como, por exemplo, a dignidade humana, vida e o próprio conceito de saúde.

³. “*Imagem é o que fica na consciência, depois que uma sensação ou percepção cessou (...) Não há imaginação operante se esta não se fundar na ação, no processo de transformação da natureza pelas mãos do homem, mediante o trabalho e a comunicação.*” Alves, Alaôr Caffé. *Lógica. Pensamento Formal e Argumentação*. pp.68 e 69.

⁴. Perelman, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 220 e 221

⁵. Alves, Alaôr Caffé. Ob. cit., p. 117.

III. Eficácia jurídica e social do direito à saúde

A construção de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial a fim de tornar o direito à saúde algo permanente, acolhido pela comunidade, deve revelar em seu entrelaçar a composição harmônica de suas variadas facetas, sendo que haverá sempre a necessidade de reflexão sobre a complexidade e o grau de atualização das conquistas reais do SUS dentro de uma dinâmica política, econômica e social.

Toda a luta social para a introdução da categoria direito à saúde na Constituição Federal teve com meta revesti-lo de eficácia jurídica e social. Ao ser relacionado entre os direitos fundamentais, reconheceu-se a existência de situações objetivas e subjetivas, que passaram a ser definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. O direito à saúde na forma exposta na Constituição é uma norma de eficácia contida, restringível ou definidora de direitos sociais, uma vez que claramente se prevê a criação de uma estrutura infraconstitucional para aprofundar os paradigmas constitucionais. Ao mesmo tempo, tem uma dimensão de norma-tarefa⁶, no sentido de conduzir as atividades de governo de forma obrigatória, aspecto da constituição dirigente⁷.

Por outro lado, não pode ser visto como uma mera recomendação moral, uma vez enquadrar-se dentro da categoria dos Direitos Fundamentais. Prontamente, a doutrina e a jurisprudência reconheceram seus efeitos imediatos no sentido de revogar as normas anteriores colidentes com a nova ordem e de gerar um juízo de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados posteriormente de forma incompatível com seus preceitos.

Garante-se aos usuários do SUS o direito de opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou a sujeição a atos que os atinjam, se contrários ao sentido do preceptivo constitucional, e de obter uma interpretação e decisões orientadas no “*mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.*”⁸

Não se pode ignorar, nesse contexto, que o direito à saúde tem um viés programático incontestável, pela própria evolução de seu objeto. Sempre haverá uma nova descoberta, novos exames, prognósticos ou

⁶ . Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 1180.

⁷ . *Ibid.*, p. 217.

⁸ . Barroso, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

medicamentos, novas doenças ou a volta de doenças radicadas. Lidar com essa complexidade de tantas informações torna necessário uma constante revisão do sistema inerente ao seu próprio objeto.

Diante da força normativa da Constituição as escolhas do intérprete devem partir de pontos de vista que contribuam à ótima eficácia da lei e possibilitem a permanência e a atualização da norma⁹. Assim, a consolidação de uma jurisprudência onde se opte pela abertura de exceções de cunho individual, conduz a um descrédito das ações desenvolvidas pelo Poder Público e do próprio direito na forma prevista na Constituição. Reforça o caráter de exclusão. Se, por um lado, a universalidade foi o meio encontrado pelo constituinte para gerar a inclusão, por outro, não se pode negar que essas pessoas, diante do próprio sistema social atual, acabam por não ter acesso à justiça¹⁰.

A opção pela valorização de políticas públicas de caráter universal é sempre um caminho ponderado para se chegar a um resultado justo, compensatório e nivelador entre os usuários.

IV. O direito subjetivo originário e o direito subjetivo definido a prestações

Com a estruturação do Sistema Único de Saúde através “*políticas sociais e econômicas que visem à redução da doença e outros agravos*”, surgem regras para garantir o “*acesso universal e igualitário às ações e serviços*” para a “*promoção, proteção e recuperação*”¹¹ da saúde de cada pessoa. O direito subjetivo originário tornou-se um direito subjetivo definido a prestações, fixaram-se padrões para estabelecer a distribuição desse direito de forma universal e igualitária.¹²

Há duas situações que o intérprete deve distinguir para dar início a qualquer interpretação de um direito social, as quais compreendem o grau de eficácia jurídica, de densificação proporcionado à norma até então, ou seja, a (i) primeira seria a existência de um direito originário e, a segunda, a de um (ii) direito derivado à prestação.

O direito originário reporta à noção da posição original fixada por John Rawls a desenvolver paradigmas para análise da justiça com equidade no âmbito social. Em 1988, o Poder Constituinte fez a opção por

⁹ . Canotilho, J. J. Gomes. *Ibid.*, p. 1226.

¹⁰ . O trabalho desenvolvido pelas Defensorias Públicas é referencial, porém, ainda não suficiente para abarcar a real demanda social. Ao se analisar as ações propostas em face ao Estado de São Paulo, por exemplo, pode-se notar que a maioria é patrocinada por advogados particulares, donde se conclui que demanda do acesso à justiça tem um caráter discriminatório em certo contexto, sendo que a camada mais pobre da população é excluída pelo desconhecimento e falta de recursos para ter o próprio acesso à justiça.

¹¹ . Artigo 196 da Constituição Federal.

¹² . Canotilho, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. *Ibid.*, p. 54. Sarlet sobre o tema: “*Por fim, parece-nos que também entre nós a problemática dos direitos derivados a prestação poderia vir a merecer uma certa atenção, ressaltando-se mais uma vez, que cuida de uma alternativa mais diretamente vinculada às possibilidades de aplicação do princípio da igualdade que, nesta sua dimensão prestacional, de certa forma, passa a exercer a função de um direito subjetivo de igual acesso a prestações, do que propriamente no campo dos direitos fundamentais sociais, considerados como direitos originários a prestações.*”¹². Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 318.

assegurar o direito fundamental à saúde, que deveria ser construído segundo princípios expressos no âmbito do Sistema Único de Saúde¹³. Na posição original, todos são iguais. Houve a possibilidade de escolha dos princípios, em que foi necessário excluir aqueles que permitiriam criar “*disparidades entre os homens e permitem que eles se orientem pelos seus preconceitos. Desse modo chega-se ao véu da ignorância natural.*”¹⁴

Foram fixados princípios que apontam a um equilíbrio ponderado: universalidade e igualdade. Trata-se de equilíbrio por representar pontos de coincidência; é reflexivo porque passamos a saber quais os parâmetros que devem guiar os julgamentos e, assim, passamos a conhecer as premissas das quais derivam.¹⁵

A partir de então, definidas as regras, o direito à saúde pública deve ter uma garantia mínima que não pode ser analisada na posição original, mas sim, na chamada etapa legislativa. Segundo Rawls: “*Este assunto (assistência médica e saúde pública) tem de ser tratado na etapa legislativa e não na posição original ou convenção constituinte, já que a aplicação praticável dos dois princípios¹⁶ a esse caso depende em parte de informações sobre a prevalência de várias doenças e sua severidade, a frequência de acidentes e suas causas, e muitas outras coisas. Na etapa legislativa, essa informação está disponível, e portanto é lá que as políticas de proteção da saúde pública e de assistência médica podem ser discutidas.*”¹⁷

Ao avaliar as instituições de uma estrutura básica justa no âmbito do direito à saúde pública e tomando como base o grupo de pessoas menos favorecidas, é imperativo cobrir as necessidades mínimas, com a diferença de dever existir uma expectativa de provisão assegurada de cuidados médicos, em um certo nível, onde se podem compreender benefícios amplamente diferenciados, recebidos de acordo com as diferenças de necessidades *ex post*¹⁸: “*meios gerais necessários para assegurar a igualdade equitativa de oportunidades e nossa capacidade de tirar vantagem dos direitos e liberdades básicos, e portanto de sermos membros normais e plenamente cooperativos da sociedade a vida toda (...)*Essa concepção de cidadão nos permite fazer duas coisas: primeiro, avaliar a urgência dos diferentes tipos de cuidados médicos, e, segundo, determinar a prioridade relativa das exigências da assistência médica e saúde pública em geral em relação

¹³ . “*peças racionais na situação inicial escolhem seus princípios para o papel de justiça preferindo-os aos de outra concepção. As concepções de justiça devem ser classificadas por sua aceitabilidade perante pessoas nessas circunstâncias. Entendida dessa forma a questão da justificativa se resolve com a solução de um problema de deliberação: precisamos definir quais princípios seriam racionalmente adotados dada a situação contratual. Isso associa a questão da justiça à teoria da escolha racional.*” Rawls, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 19.

¹⁴ . Rawls, John. *Ibid.*, p. 21.

¹⁵ . *Ibidem.*, p. 23.

¹⁶ . A partir da posição original os princípios são escolhidos de modo (1) “*a garantir o bem das pessoas, os interesses fundamentais, ignorando quaisquer inclinações que possam surgir da inveja, ou de uma aversão à incerteza, e de outras coisas do gênero.*” (2) “*Os contratantes consideram a psicologia dos cidadãos da sociedade bem-ordenada da justiça como equidade, ou seja, a psicologia de pessoas que crescem e vivem em uma sociedade na qual os dois princípios de justiça (princípios que as partes escolheram) de fato regulam a estrutura básica e na qual esse fato é publicamente reconhecido.*”. Rawls, John. *Justiça com Equidade. Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes: 2003, pp. 124 e 125.

¹⁷ . Rawls, John. *Ibid.*, p. 245.

¹⁸ . Rawls, John. *Ibid.*, p. 246.

a outras necessidades e exigências sociais (...)As capacidades básicas têm de ser levadas em conta não só quando se fazem comparações interpessoais, mas também na elaboração de uma concepção política razoável de justiça”¹⁹

No caso do direito à saúde brasileiro, o Poder Judiciário criou uma prática perigosa, qual seja: a interpretação parcial desse direito, com a quebra da lógica original do Sistema Único de Saúde, que deve ser:

Fórmula Original do Direito à Saúde

Direito de Todos	Acesso universal	Igualitário
Dever do Estado	Ações Descentralizadas	Atendimento integral
Políticas Sociais e Econômicas	Redução do Risco Doença	Ênfase na prevenção
Escolhas pressupõem a participação da comunidade		

A interpretação de um direito originário pressupõe sua forma primária e foi condicionada à existência de “*lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle*”, conforme expresso no artigo 197 da Constituição Federal.

A segunda situação com a qual se depara o intérprete do direito social surge a partir do momento em que existe uma relação positivada, um dever de prestação estabelecido, uma densificação objetiva, um caso de “*posição jurídica prestacional (Leistungsrecht) abrangida pelo âmbito normativo de um direito, liberdade e*

¹⁹ . Coloca como exemplo: “*os tratamentos que devolvem às pessoas uma boa saúde, possibilitando que retomem suas vidas normais como membros cooperativos da sociedade, têm grande urgência, mais exatamente a urgência especificada pelo princípio da igualdade equitativa de oportunidades, ao passo que a medicina, digamos, cosmética não é, a princípio, uma necessidade. Assim, coloca como diretriz a seguida considerar a assistência médica como vinculada à manutenção de nossa capacidade de sermos membros normal da sociedade e à restauração dessa capacidade quando ela cai para baixo do mínimo necessário, temos uma diretriz para equilibrar custos dessa assistência em relação às outras demandas do produto social que também são cobertas pelos dois princípios da justiça. No entanto, adverte, “não me aprofundarei mais nesses assuntos difíceis e complicados.”. Rawls, John. *Justiça como Equidade. Uma Reformulação*, pp. 247 e 248.*

garantia”²⁰, que exige um programa a ser seguido e que passa a nortear os paradigmas do intérprete, sendo *topois* necessários de análise.

O direito subjetivo originário, *prima facie*²¹, transformou-se em direito subjetivo a prestações. O intérprete passa a atuar dentro de contornos mais precisos de justiça distributiva, com padrões delineados para se analisar a igualdade na distribuição de prestações sociais dentro do conceito de inclusão social²².

As fórmulas abertas no âmbito dos direitos fundamentais sociais como direito <à vida>, direito <à dignidade humana>, direito <à saúde>, deixam de ser tratadas como direitos absolutos puros, imensuráveis, para ganhar linhas e relevos, tornando-se conceitos construídos segundo a ética social solidária. Há de se considerar que os princípios postos podem gerar interpretações vacilantes, motivo pelo qual devem ser utilizados de forma sensata. Diante de discrepâncias, é aceita até a modificação da avaliação da situação inicial e a revisão dos juízos atuais, o essencial é que não se perca neste processo o equilíbrio ponderado²³.

Quando se trata de direito originário, de concretização dos termos dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal diante da omissão do poder público em fixar diretrizes para o SUS, tem-se a perspectiva do direito subjetivo sobressalente.

Agora, a partir do momento em que existem políticas sociais e econômicas bem definidas²⁴, estabelecidas para gerir o SUS, o projeto fixado não pode ser desconsiderado, sob pena de gerar uma interpretação que fere a lógica do sistema, não podendo integrá-lo validamente²⁵. Superou-se a fase de construção de um direito originário e passamos à implementação de um direito derivado, de relevância pública, o qual deve ser gerido de forma descentralizada e com a participação da comunidade²⁶.

A universalidade deve ser interpretada como uma interface da igualdade. O SUS não se limita a institucionalizar a liberdade negativa, mas também exige o tratamento diferenciado em favor de determinados segmentos sociais, ao ter como componente em sua gênese o “direito de inserção”: “*Por causa desses objetivos compensatórios, redistributivos, integracionistas e niveladores, com a finalidade de tornar controláveis os riscos de explosão de litigiosidade e anomia da sociedade contemporânea, as leis ‘sociais’, uma vez promulgadas, exigem uma inversão de raciocínio jurídico.*”²⁷

²⁰ . Canotilho, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais. Tomemos a sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 62.

²¹ . Canotilho, José Joaquim Gomes. *Ibid.*, p.66.

²² . Artigo 3º da Constituição Federal.

²³ . Rawls, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 22 e 23.

²⁴ . Artigo 196 da Constituição Federal; Lei n.º 8.080/90 e Lei n.º 8.142/90.

²⁵ . Barroso, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111.

²⁶ . Artigo 198 da Constituição Federal.

²⁷ . Faria, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, p. 273 e 274.

Ao intérprete cabe a função de buscar alternativas que aperfeiçoem os direitos constitucionais e as políticas públicas existentes. A posição majoritária atual consolidada da jurisprudência sobre o direito à saúde demonstra a desconsideração de determinados pontos do direito derivado à prestação e também de certos princípios originais, o que vem levando a sérias distorções no reconhecimento do próprio Sistema Único de Saúde.

Na realidade, as deformidades a seguir apontadas demonstram a falta de comunicação entre os operadores do direito entre si, gestores e a comunidade, todos responsáveis por implementar o direito à saúde. Assinala-se a seguir com o símbolo “x” os pontos com as principais falhas de comunicação:

Aplicação da fórmula Original do Direito à Saúde

Direito de Todos	Acesso universal	Igualitário
Dever do Estado	Ações Descentralizadas	Atendimento integral
Políticas Sociais e Econômicas	Redução do Risco Doença	Ênfase na prevenção
Escolhas pressupõem a participação da comunidade		

A interpretação atual majoritária considera o direito à saúde como um direito de todos, de acesso universal e um dever do Estado. Será que foi esta a intenção da Constituição Federal de 1988?

O Poder Judiciário, governo e comunidade vêm encontrando dificuldades para lidar com a definição, extensão e limites do direito à saúde, justamente pela imprecisão dos termos que o compõem.

V. Extensão e limites do direito à saúde

Para se evitar que a estagnação do SUS, ou pior ainda, o regresso dos direitos consolidados, é fundamental a aplicação da proibição do retrocesso²⁸, impedindo-se ao legislador a abolição de posições jurídicas, criadas pelo próprio Sistema²⁹, assim como o esvaziamento de programas consolidados com sucesso.

A intervenção dos atores sociais deve ser sempre no sentido de aprimorar as linhas de atuação do SUS, consolidando as conquistas e implementando novos projetos, de acordo com a ética e inovações científicas. Aponta-se aqui a primeira dificuldade e talvez a principal: apesar de vinte anos de vigência da Carta Magna, há um desconhecimento do projeto Sistema Único de Saúde. Não há um *sentimento de pertencimento ao SUS*, fato que, em uma análise extrema, pode levar-nos a invocar se, no âmbito social e político, houve a aceitação do sistema original proposto.

Se chegarmos à conclusão da necessidade de modificação ou aperfeiçoamento do sistema de saúde, será preciso mudar estruturalmente o texto constitucional. Mas, a princípio, nada justifica o abandono desta conquista social histórica. Antecede qualquer discussão, no sentido de alteração, o conhecimento dos princípios vigentes de forma harmônica e, conseqüentemente, a aceitação dos preceitos firmados como forma de justiça.

O direito social à saúde impõe ao intérprete o dever de aprofundar seus estudos na área de interpretação do Direito Constitucional, considerando-o em sua multidisciplinariedade, com dados mais profundos do âmbito do Direito Sanitário. Na área do Direito Administrativo, urge compreender as características e o processo de formação das Políticas Públicas de forma científica, compreendendo assim a formação, estruturação e acompanhamento das opções e ações implementadas para efetivação das metas estabelecidas.

VI. A repercussão das ações individuais no contexto social e o acesso à justiça

O intérprete não pode simplesmente ater-se ao texto constitucional de forma parcial sem procurar o significado complementar do projeto SUS em bases fixadas pela comunidade, como nos Conselhos de Saúde, para assim obter um resultado onde se garanta a segurança jurídica, com a estabilidade e previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos³⁰.

²⁸. Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, pp. 478 e 479.

²⁹. Sarlet, Ingo Wolfgang. Ob. cit., pp. 309 e 312- 317.

³⁰. Canotilho, J. J. Gomes. Ibid. p. 264.

Por ser um direito social, ao tratar da análise do direito à saúde deve-se ter como ponto de partida a regra geral, o benefício fixado a todos, devendo qualquer exceção ser devidamente fundamentada, verificando a repercussão do caso individual no coletivo³¹.

Passa a ser importante analisar e relacionar a própria questão do acesso à Justiça e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Cada juiz acaba analisando a repercussão de determinado caso concreto – aquele que está em julgamento – em relação ao todo. E, realmente, sob esse enfoque, chega-se à conclusão de que a repercussão financeira, política e social daquele pequeno caso não atinge o direito coletivo. O Poder Judiciário tende a analisar com olhos mais cautelosos as ações de cunho coletivo e a generalizar a concessão de benefícios de cunho individual.

Tais dados conduzem a importantes conclusões: a) o número de casos analisados pelos Tribunais Superiores não revela a dimensão da atuação do Poder Judiciário na condução das políticas públicas na área da saúde. A grande maioria dos casos transita em julgado com a decisão dos Tribunais Estaduais, por obstáculos de cunho processual; b) ao se estudar as questões levadas sobre o direito à saúde ao Supremo Tribunal Federal, conclui-se existir decisões conflitantes, tendentes a traçar uma diferença entre ações coletivas e individuais. Os dados da somatória dos casos individuais julgados são desconsiderados na análise da repercussão do todo; c) O artigo 557 do Código de Processo Civil, onde o relator passou a poder negar seguimento a um recurso em confronto com a jurisprudência dominante no respectivo tribunal, deu ao juiz o poder individual de negar o seguimento aos recursos, no qual se exigiria uma decisão colegiada³². Nas ações envolvendo o tema direito à saúde, o uso indiscriminado do novo instituto processual, revela que as causas têm sido tratadas de forma homogênea, desconsiderando-se as peculiaridades de cada caso concreto.³³

Na prática, o que tem ocorrido, na maioria dos casos, tendo como referência o Estado de São Paulo, é que os benefícios relativos a prestações quanto ao direito à saúde têm sido concedidos de forma liminar, sem a oitiva do Poder Público, e são confirmadas no julgamento pela primeira Instância, sendo que, muitas vezes, não são sequer analisadas pelo colegiado, sendo a pretensão de plano obstaculizada diante da nova dinâmica processual.

³¹ . Apenas para se fazer um paralelo na diferença do modo de interpretar: no Direito Penal aplica-se a máximo *in dubio pro reo*. Por tratar-se de um direito individual, a sociedade assume o risco de libertar um culpado, mas não aceita condenar o inocente. É a tradução do princípio da liberdade. Na área da saúde, considerando sua dimensão social, a prevalência deve ser respeitar as políticas públicas estabelecidas a todos, devendo a repercussão da exceção ser verificada em cada caso concreto – a máxima referida *in dubio pro societate*.

³² . Art. 557: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

³³ . Complementar a leitura com a análise de MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Safeguarding of the social right to pharmaceutical assistance in the state of São Paulo, Brazil*. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 41, n. 1, 2007.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal tomou uma importante decisão, ao arrolar as questões sobre tratamento hospitalar e fornecimento de medicamentos no âmbito do requisito da repercussão geral³⁴, o que demonstra que o tema tem começado a revelar mais preocupação e atenção.

Ao se tentar estabelecer padrões para que as decisões judiciais deixem de analisar o direito à saúde de forma pontual e passem a ajudar a gerir o sistema de forma responsável, deve-se refletir sobre o acesso à justiça, um direito individual, assim como o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos³⁵.

Constata-se, nesse primeiro momento, a questão imbricada de deixar ao Poder Judiciário a dinâmica de estabelecer a condução de políticas públicas na área da saúde. Em sua inércia, será provocado a manifestar-se somente nos casos em que as pessoas carentes conseguirem transpor a difícil barreira de conseguir o acesso à justiça. Por outro lado, fabricará decisões e facilidades para aqueles que podem financiar as ações.

Cria-se um círculo vicioso: os mais carentes enfrentarão as dificuldades do acesso aos médicos no SUS e ainda não terão acesso fácil à Justiça. Os mais ricos terão facilidade de acesso aos demais serviços de saúde, em geral pela rede privada, e ainda terão acesso ao Poder Judiciário e a uma decisão favorável as suas pretensões (e mais: o médico particular, neste caso, não vem adotando um compromisso direto com as políticas definidas pelo SUS).

O acesso à Justiça também pode ser analisado sob outro ângulo, no qual o tipo de ação ajuizada pode revelar um privilégio ou um ponto de fortalecimento do projeto SUS. Assim, cabe a análise de ações individuais e coletivas, considerando que: *“É sabido que certas medidas judiciais sobre políticas públicas está na razão direta da afinidade política entre os integrantes do tribunal e o governante que as implementa, isso não apenas no Brasil, mas em todos os lugares do mundo, destacando-se os Estados Unidos. Entretanto, observo que outro componente desse sucesso, nem sempre adequadamente considerado, é a capacidade de ‘assimilação’ da medida judicial proposta pelo sistema jurídico.”*³⁶

VII. Exposição da posição majoritária da jurisprudência e o reconhecimento da repercussão geral da matéria.

A interpretação do direito à saúde remete-nos ao estudo da jurisprudência consolidada sobre a questão, considerando ainda a máxima referida pelo juiz Hughes ao se referir a Suprema Corte Norte Americana no sentido que: *“We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is.”*³⁷, ou seja, todos estão sob a Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem.

³⁴ . Artigo 102, § 3.º da Constituição Federal.

³⁵ . Artigo 134 da Constituição Federal.

³⁶ . Bucci, Maria Paula Dallari, Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, p. 258.

³⁷ . Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 22.

Ao se analisar as diversas decisões judiciais dos casos concretos, verifica-se que não há uma mesma linguagem entre os atores no tocante ao direito à saúde, tanto é verdade, que o Supremo Tribunal Federal arrolou a questão entre as matérias com repercussão geral, nos termos do artigo 102, § 3.º da Constituição Federal³⁸.

Essa novidade mostra a tendência de se analisar a questão de forma mais profunda. Enfrentamos dois extremos, partimos de uma faixa de interpretação que reconhecia o direito à saúde como uma norma programática para outro que é da plena eficácia, muitas vezes, incondicional. Agora, existe a perspectiva de equalização.

A repercussão geral foi suscitada no julgamento do RE-RG 566471, pelo Ministro Marco Aurélio, em 15/11/2007, restringindo o tema a análise da obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Cabe agora acompanhar atentamente o argumentos, tendo sido reconhecido que a questão tem relevância social, econômica e jurídica que transcende os interesses subjetivos da causa.

Falar de direito à saúde não é só decidir sobre tratamento médico-hospitalar e medicamentos. Julgar tratamentos médico-hospitalares e medicamentos não traduz questões homogêneas. Na realidade há a necessidade precípua de compreender as políticas públicas fixadas e, também, não se esquecer das diretrizes traçadas em arenas democráticas, com a participação da comunidade, como a Conferência de Saúde e os Conselhos de Saúde.

Há uma dificuldade muito grande na atuação do intérprete para implementar um projeto de cunho social. É necessário aplicar o direito segundo sua forma original prevista na Constituição Federal, de forma a dimensionar a gênese das “*políticas sociais e econômicas*”, como expressamente determina o artigo 196, *caput*, da Constituição Federal.

Acrescente-se a tendência de transformar um direito social em um direito subjetivo, individual, optando-se por aplicar a Justiça na forma comutativa, enfatizando somente a saúde como “*direito de todos e dever do Estado*” e desconsiderando os pressupostos adotados pelos Poderes Executivo e Legislativo, como opções legítimas, assim como, as manifestações da comunidade.

³⁸ . Acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/04. Ver também alterações do CPC, artigos 543-A e 543-B; RISTF, artigos 322-A, 328 e 328-A. Termos do STF. Matéria com repercussão geral: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Serviços | Saúde | Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos. Site <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/listarRepercussao.asp?tipo=S>, em 9/04/2009.

1. O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem decisões importantes sobre a interpretação do direito à saúde, as quais demonstram os paradoxos que envolvem o tema e as dificuldades em se fixar parâmetros para compreender sua dimensão.

Visando apresentar um quadro geral sintético das principais posições adotadas, arrolam-se a seguir as principais linhas de argumentação desenvolvidas:

a) A Constituição Federal determina que o SUS seja gerido através de uma “*rede regionalizada e hierarquizada*”, “*descentralizada, com direção única em cada esfera do governo*”, sendo a municipalização a célula central do projeto.

Em alguns acórdãos do ano de 2001, o STF delegou às Justiças Estaduais a competência para apreciação da questão. “(...) *Artigo 196 da Constituição Federal. – Competência da Justiça Estadual, porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera do governo (art. 198, I da Constituição), cabe, no âmbito dos Estado, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. (...)*”.³⁹

Porém, a tendência atual é considerar a responsabilidade solidária dos três entes federados, podendo o sujeito ativo optar quem deseja acionar, livremente, pois “*a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária*”⁴⁰

A posição do reconhecimento da solidariedade é interessante para o autor, que não precisa verificar quem é responsável administrativamente no SUS por promover determinada política pública, tornando, a princípio, o acesso à Justiça mais rápido e informal. Por outro lado, o litisconsórcio facultativo enfraquece a tendência ao processo de municipalização. A delimitação do pólo passivo da ação seria um excelente instrumento para ajudar cada ente federado cumprir o seu papel no SUS e, ao mesmo tempo, propiciar que a União e os Estados se centrassem na política de regionalização.

³⁹. STF, RE 261.268/RS, Relator Ministro Moreira Alves, v.u., j. 28.8.2001; DJ 5/10/2001, pp 00057; no mesmo sentido, STF, RE 255086/RS, Relator Ministra Ellen Gracie, v.u., Julgamento 11/09/2001; DJ 11/10/2001, p. 00019.

⁴⁰. SL 166/RJ. Suspensão de Liminar. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 14/06/2007. DJ 21/06/2007, p. 0038; Suspensão de Segurança SS 3158/RN, Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 05/06/2007; DJ 15/06/2007, p. 00018; STF, SS 3205 /AM, Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 31/05/2007, DJ 08/06/2007, p 00023; SS 3158/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 31/05/2007, DJ 08/06/2007, p. 00022.

A opção por acionar isoladamente União e Estados pode ser benéfica, pois torna o processo civil mais simples (como, por exemplo, no ato da citação, contagem do prazo etc.) mas, por outro lado, não ajuda no processo de melhora da distribuição de atribuições.

b) Uma questão complexa que deve ser observada é a dificuldade em se trabalhar com o princípio da igualdade. Em acórdãos datados a partir de 2001, em geral, é utilizada a forma genérica quanto à igualdade: *“O direito à saúde, como está assegurado no art. 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.”*⁴¹

A distribuição do direito à saúde de forma universal não é a tônica da maioria das decisões. O princípio da igualdade é lançado no texto de forma genérica e, de plano, passa-se a análise do direito à saúde como um direito subjetivo individual.

c) Reconhecendo existir um viés de eficácia imediata do direito à saúde, fixou-se o entendimento de classificá-lo como um direito público subjetivo: *“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) (...) O direito à saúde – além de qualificar-se como um 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. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - 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 inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”*⁴²

Foi dado um grande passo ao reconhecer-se a dimensão subjetiva em um direito social, fato que possibilitou ao intérprete superar a face puramente programática da eficácia da norma. Por outro lado, os aspectos de norma diretriz e de ampliação dos direitos não podem ser abandonados. Existe um direito à saúde a ser

⁴¹. STF, RE 261268/RS, Relator Ministro Moreira Alves, v.u., j. 28.8.2001; DJ 5/10/2001, pp. 00057; STF RE 226835/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, v.u., j. 14/12/1999; DJ 10/03/2000, pp. 00021;

⁴². STF, RE-AgR 271.286 /RS, Relator Ministro Celso de Mello, v.u., j. 12/09/2000; DJ 24/11/2000, p. 00101; RE 557548/MG. Recurso Extraordinário. Relator Ministro Celso de Mello, j. 08/11/2007. DJ 05/12/2007, p. 00094; AI 647296/SC. Agravo de Instrumento. Relator Ministro Celso de Mello, j. 03/10/2007. DJ 23/10/2007.

exigido aqui e agora diante da realidade política, social e econômica vigente e existe, simultaneamente, um processo de aperfeiçoamento e construção de suas diretrizes.

O direito é subjetivo, com dimensão individual, mas resta a dificuldade em harmonizá-lo segundo uma dinâmica social.

d) O vínculo natural estabelecido entre o direito à saúde e à vida é utilizado em várias decisões com parâmetro final da fundamentação do reconhecimento do direito subjetivo individual: “8 - Não fora isso, o Sistema Único de Saúde pressupõe integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, consistente em ações e serviços preventivos e curativos de doenças, caso a caso, em todos os níveis de complexidade, abrangendo, inclusive, os tratamentos excepcionais, mesmo porque, o bem jurídico comprometido no caso é a vida, não somente a saúde, já que a moléstia que acomete o Autor, não tratada a tempo, é irreversível e leva o paciente à morte (...)⁴³

O intérprete parte para uma linha de interpretação na qual estabelece um direito fundamental social com base em argumentos genéricos, que não diferenciam uma pessoa da outra.

Todos têm direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde. Há um direito subjetivo individual. O intérprete estabeleceu aqui patamares que não desiguam as pessoas, muito ao contrário, são pontos que as igualam em dignidade.

A questão da justiça distributiva inova ao obrigar o intérprete a ir além em seu raciocínio, a aprofundar-se e conhecer quais são as “políticas sociais e econômicas” previstas no artigo 196 da Constituição Federal e como elas vem sendo interpretadas e geridas no contexto real.

Não se pode, é claro, inverter a ordem dos preceitos, interpretando um direito constitucional de acordo com a lei infraconstitucional. O Constituinte deixou claro que o intérprete deve analisar o direito à saúde de modo a resultar um padrão “universal” e “igualitário”. Para tanto, é necessário procurar quais foram os parâmetros estabelecidos como “igual” e “universal” para todos e, dessa maneira, analisar se a exceção pode ser aberta ao caso concreto.

e) Outro ponto polêmico enfrentado pelo STF, mas relegado pela Justiça Estadual paulista na maioria dos casos, é a questão da condição econômica daquele que pleiteia a medida social e o tratamento diferenciado.

⁴³. STA, Suspensão de Tutela Antecipada 50/PA - Pará, Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 21/09/2005; DJ 14/11/2005, pp 00023; no mesmo sentido, STF, SS 2998/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 29/11/2006; DJ 12/12/2006, p 00043; STA 69/SP, Suspensão de Tutela Antecipada, DJ 04/10/2006, p. 00030; STF. RE 557548/MG. Recurso Extraordinário. Relator Ministro Celso de Mello, j. 08/11/2007. DJ 05/12/2007, p. 00094; AC 1827/RJ. Ação Cautelar. Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 19/10/2007, DJ 29/10/2007, p 00024; STA 69/SP. Suspensão de Tutela Antecipada. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 25/9/2006; DJ 04/10/2006, p. 000030; no

O direito à saúde segundo claras palavras da Constituição Federal deve ser *universal*, o que significa abranger a todos, indistintamente. A universalidade não é um valor isolado, estando conexas ao valor igualdade.

Ao analisar a igualdade, verificamos que ela pressupõe tratar de forma diferente os desiguais, fazendo surgir uma questão não enfrentada diretamente pelo Poder Público: a quem se dirige o SUS? E mais, dirigindo a todos, deve ser gratuito a todos, independentemente da condição econômica da pessoa necessitada? Qual o referencial de necessidade para fins de direito à saúde no âmbito social?

A hipossuficiência é também um conceito relativo, pois a pessoa necessitará de ajuda conforme o tipo de tratamento prescrito. Para elucidar a tese, o número de pessoas sem recursos que pleiteiam medicamentos de alto custo para o tratamento do câncer é muito maior do que aquelas que necessitam do tratamento para gripe.

A Corte Constitucional considera como norte de interpretação a condição econômica. “(...) *Pessoa destituída de recursos financeiros (...) Fornecimento gratuito de medicamentos (...) DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES (...) da efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, caput e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.*”⁴⁴

f) Vários acórdãos, ao ponderar sobre os princípios constitucionais, utilizam o argumento do “*periculum in mora inverso*” para fundamentar a opção da superioridade ao direito à saúde em relação ao fundamento da separação dos poderes e da ordem econômica: “(...) *No caso, ocorre o periculum in mora inverso. (...) não há que se falar em ocorrência de grave lesão à ordem econômica e à saúde públicas quando a decisão provisória, cujos efeitos se pretende ver suspensos, garante a continuidade das prestações de serviços públicos essenciais. Sob esta conformação, infere-se que o deferimento do pleito de contracautela em*

mesmo sentido, SL 114/SP. Suspensão de Liminar. Ministra Ellen Gracie, j. 21/09/2006; DJ 28/09/2006, p 00044; AI 647296/SC. Agravo de Instrumento. Relator Ministro Celso de Mello, j. 03/10/2007. DJ 23/10/2007.

⁴⁴ . STF, RE-AgR 271.286 /RS, Relator Ministro Celso de Mello, v.u., j. 12/09/2000; DJ 24/11/2000, p 00101; no mesmo sentido; Suspensão de Liminar 91/MG, Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 13/02/2006; DJ 20/02/2006, p 00046; SL 166/RJ. Suspensão de Liminar. Presidente Ministra Ellen Gracie. j. 14/06/2007. DJ 21/06/2007, p. 0038; Suspensão de Segurança SS 3158. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 05/06/2007; DJ 15/06/2007, p. 00018; RE 568073/RN. Relator Ministro Celso de Mello, j. 26/10/2007. DJ 21/11/2007, p.00134; STF, RE-AgR 259508/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, v.u., j. 08/08/2000; DJ 16/02/2001, p 00137; no mesmo sentido, SS 3205/AM. Suspensão de Segurança SS 3158/RN, Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 31/5/2007, DJ 08/06/2007, p 0023; STF, SS 3205 /AM, Presidente Ministra Ellen Gracie. julgamento 31/05/2007, DJ 08/06/2007, p 00023; SS 3158/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 31/05/2007, DJ 08/06/2007, p. 00022; STF. SS 3231/RN. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 28/5/2007, DJ 01/06/2007, pp 00022; STA 162/RN, Presidente Ministra Ellen Gracie. J. 19/10/2007; DJ 25/10/2007, p. 00030; STF. SS 3345/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 13/09/2007; DJ 19/09/2007, p 00023; STA 138/RN. Suspensão de Tutela Antecipada. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 12/09/2007; DJ 19/09/2007, p. 00024; RE 557548/MG, Recurso Extraordinário. Relator Ministro Celso de Mello, j. 08/11/2007, DJ 05/12/2007, p 00094; AI 659610/RS. Agravo de Instrumento. Relator Ministro Cezar Peluso,

*comento acarretaria o chamado periculum in mora inverso, e, entre o perigo de dano irreparável à saúde pública do Município de Petrolina e o questionável perigo de dano ao Estado requerente, há de se optar por prestigiar aquele. (...)*⁴⁵

A aplicação do argumento jurídico do perigo da demora remete ao problema da existência de elementos para apreciar a liminar. A crítica que se faz nesse contexto é a exigência da análise de *periculum in mora* junto com o *fumus boni iuris*. Em geral, o bom direito é comprovado por um receituário médico e gera distorções, como, por exemplo, um único médico indicando tratamento contrário a um estudo profundo sobre o tema, os Protocolos Clínicos; ou a indicação de medicamento, ou tratamento, por médico particular sem compromisso com as políticas públicas.

Mais uma vez, fundamentar decisões com base no *periculum in mora* de um direito subjetivo a uma vida digna é uma fórmula incerta para estabelecer parâmetros isonômicos, gerando grande distorções fáticas na realidade social brasileira.

g) No aspecto processual, o Ministério Público tem sua legitimidade reconhecida para interpor ação civil pública de cunho individual, beneficiando um único autor, principalmente se for menor de idade ou idoso, considerando os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente.⁴⁶

A atuação do Ministério Público de forma pontual é uma distorção gerada no sistema jurídico, causada pela insuficiência de recursos humanos e financeiros da Defensoria Pública⁴⁷.

A Constituição deixou muito clara a necessidade de separação das funções essenciais à Justiça, sendo importante que o Ministério Público e Defensoria Pública sejam instituições fortes e conscientes de seus objetivos⁴⁸. Porém, mais uma vez, aponta-se a tendência de discutir problemas do direito à saúde de forma

Julgamento 17/10/2007. DJ 31/10/2007; AI 681814. Agravo de Instrumento. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento 17/10/2007, DJ 31/10/2007.

⁴⁵. STF, Suspensão de Liminar 47/PE, Ministro Presidente Nelson Jobim, j. 30/3/2005; DJ 5/4/2005, p 00047; no mesmo sentido, Suspensão de Liminar 91/MG, Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 13/02/2006; DJ 20/02/2006, p 00046; STA, Suspensão de Tutela Antecipada 50/PA, Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 07/11/2005; DJ 14/11/2005, p 00023; SS 2793/MT, Suspensão de segurança. Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 21/09/2005, p. 00026; Suspensão de Segurança SS 3193, Presidente Ministra Ellen Gracie. j. 05/06/2007; DJ 13/06/2007, p. 00018; STF, Suspensão de Segurança SS 2842/MT; Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 09/02/2006; DJ 16/02/2006, p 00002; no mesmo sentido; STF, SS 2998/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 29/11/2006; DJ 12/12/2006, p 00043; SL 188. Suspensão de Liminar. Presidente Ministra Ellen Gracie., j. 14/12/2007; DJE 018, divulgado 01/02/2008; STA 162/RN, Presidente Ministra Ellen Gracie. j. 19/10/2007; DJ 25/10/2007, p. 00030; SS 2944/PB – Paraíba. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 17/08/2006; DJ 24/08/2006, p. 00020.

⁴⁶. STF, Suspensão de Liminar 91/MG, Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 13/02/2006; DJ 20/02/2006, p 00046; STF, SL 188. Suspensão de Liminar. Presidente Ministra Ellen Gracie. j. 14/12/2007; DJE 018, divulgado 01/02/2008.

⁴⁷. Na realidade, voltando ao exemplo do Estado de São Paulo, a Defensoria Pública é uma instituição recente, com pouco mais de um ano de existência autônoma e vem encontrando dificuldades técnicas para firmar-se no mundo jurídico. Até então, os serviços de orientação jurídica e defesa dos necessitados eram feitos pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), inserida na Procuradoria Geral do Estado (PGE), a quem compete representar a pessoa jurídica do Estado de São Paulo.

⁴⁸. Artigos 127 a 135 da Constituição Federal.

individual e não olhar a dimensão coletiva. Ao invés de várias ações coletivas de cunho individual, seria mais justo questionar de forma coletiva, por exemplo, a necessidade de atualização de um Protocolo Clínico já existente, provocando a modificação de uma política pública em benefício de todos os portadores da mesma doença.

h) Em caso polêmico, o autor de mandado de segurança apresentou receita médica expedida por um profissional particular de um conhecido hospital na cidade de São Paulo e exigiu o cumprimento da medida pelo Estado do Mato Grosso. A doença em questão, Hepatite C, conta com Protocolo específico para seu tratamento; porém, o autor exigia um medicamento excepcional. Com todas essas minúcias, não analisadas pontualmente, a decisão proferida foi no seguinte sentido: *“12. No tocante à separação dos poderes, é notório que a função precípua do judiciário é a aplicação do direito positivo ao caso concreto. Sendo assim, não merecem guarida as informações do requerente, pois não foi outra a conduta do relator do mandamus no tribunal a quo, que, ao examinar a lide que lhe foi proposta, fez incidir o artigo 196 da Constituição que até então vinha sendo desconsiderado pela Administração Pública. Destarte, não houve lesão à ordem pública, também neste particular. (...)”*⁴⁹

i) Analisar os limites do SUS implica refletir sobre o dever de garantir a vida às pessoas fora dos limites do território nacional. Em não existindo o tratamento para determinada doença no Brasil, deve o benefício social abranger tratamento no exterior? O Supremo Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente, sendo caso de reproduzir os argumentos: *“DECISÃO: A UNIÃO requer a suspensão da tutela antecipada deferida na ação sob rito ordinário proposta por (...) decisão obrigou a REQUERENTE ao depósito da quantia de US\$ 218.833,00 na conta-corrente da Univ. of Texas, M.D. ANDERSON CANCER CENTER, bem como custear o tratamento médico do autor até sua total convalescença (...) É que o autor da ação ordinária, ora INTERESSADO, é portador de Linfoma de Hodgkin, uma espécie de câncer raro, que o levará à morte caso não rapidamente tratado. Consta dos autos que foram tentados outros procedimentos de cura, inclusive um transplante autólogo de medula óssea (transplante de células da medula do próprio doente, por não ter sido encontrado doador compatível), mas não foi obtido êxito em qualquer um deles (...) Foi por esse motivo que o médico que acompanhou o tratamento (...) indicou tratamento em instituição norte-americana. O Desembargador-Presidente do TRF 1ª Região, ao negar o pedido de suspensão lá formulado, assim decidiu(...) 9. (...) Ou seja, transplante com utilização de células tronco. Procedimento que aos poucos vem sendo introduzido no Brasil. Pois bem, o autor somente procurou ajuda no exterior quando no Brasil suas chances de viver foram dadas como nenhuma. O que deveria fazer então o autor e seus familiares, esperar pela morte? (...) No caso concreto a sentença que se pretende suspender 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. É que não ficou demonstrado nos autos que há '...seguras condições de realização do procedimento no Brasil.' (fl. 11). O próprio Doutor Giugliani, Chefe do Serviço*

⁴⁹. STF, Suspensão de Segurança, SS 2842/MT; Presidente Ministro Nelson Jobim, julgamento 09/02/2006; DJ 16/02/2006, p 00002.

de Genética Médica do Hospital das Clínicas de Porto Alegre, local indicado pela UNIÃO para realizar o procedimento, explica que aquele Hospital não tem experiência prévia com esse tipo de transplante (fl. 37). Informa ainda que seria necessário formar previamente 'um grupo de trabalho multidisciplinar para montar o protocolo e minimizar os riscos envolvidos.' e que '...um membro dessa equipe [deveria] ir ao exterior para visitar centros que já tenham experiência no procedimento...' (fl. 37). Assim, é evidente que a realização do transplante no Brasil é mais arriscada. O art. 196 da CF estabelece que cabe ao poder público assegurar a saúde de todos. Portanto, colocar em risco a vida do menor causaria lesão à ordem pública, entendida como ordem jurídico-constitucional, já que isso violaria a referida norma.' (...) Trago CELSO: '... Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), 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: o respeito indeclinável à vida. ...' (PET 1246MC, DJ 13.2.1997).' Percebe-se que o deferimento da medida de contracautela, in casu, acarretaria o chamado periculum in mora inverso ao interessado, pois, segundo consta dos autos, foi comprovada a necessidade vital do tratamento para esse, bem como se revelou a impossibilidade desse em custeá-lo...'⁵⁰

j) O efeito multiplicador é desconsiderado em grande parte das decisões, motivo pelo qual se registra importante antecedente que considera a repercussão das exceções dadas em casos individuais: *"Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, "o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo" (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.*⁵¹

A presente decisão caminha em sentido oposto ao reconhecimento de um direito subjetivo individual, sem a adequação da distribuição dos benefícios. É uma forma recente de analisar o direito à saúde, o que comprova a angústia do julgador diante da excessiva cobrança social, demonstrando a falta de parâmetros claros para se entender os limites do SUS. Falta um processo educacional para que as decisões tomadas tenham a participação da comunidade e passem a servir com ou um referencial único a todos os atores envolvidos na implementação do projeto.

⁵⁰. STA, Suspensão de Tutela Antecipada50/PA, Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 07/11/2005; DJ 14/11/2005, p 00023. No mesmo sentido, STF, SS 2998/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 29/11/2006; DJ 12/12/2006, p. 00043 e STF, STA 36/Ceará. Presidente Ministro Nelson Jobim, j. 2/9/2005, DJ 27/9/2005, pp. 0006.

⁵¹. STF, SS 3073/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 9/2/2007; DJ. 14/02/2007, p 00021; STF, SS 3145/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 18/04/2007, DJ 18/04/2007, p 00017.

l) O ônus da prova é outro problema sério a ser enfrentando pelo Poder Judiciário, pois na grande parte das decisões presume-se em muitos casos que o Poder Público está errado e, conseqüentemente, não se exige a comprovação do alegado de forma plena.

Gera-se uma situação paradoxal no contexto probatório, de modo que um determinado medicamento indicado por um único médico é capaz de derrubar todo o sistema oficial de Protocolos Clínicos estipulado por uma equipe médica especializada e submetida à consulta pública.

m) Causou polêmica e ao mesmo tempo resultou em um início de mudança de paradigmas a decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie na análise de uma ação civil pública que visava o acréscimo de determinado medicamento a um programa estatal já estabelecido e colocado em prática. Optou-se por reconhecer a não omissão do Poder Público e a validade do programa estatal: *“1. O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (...) Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde (...) Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)” dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (...) 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde “.*⁵²

⁵². STF, STA 91/Alagoas. Suspensão de Tutela Antecipada. Presidente Ministra Ellen Gracie.j. 26/02/2007; DJ 05/03/2007, p 00023; STA 139/RN. Suspensão de Tutela Antecipada. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 31/08/2007. DJ 10/09/2007, p 00020; SS 3274/GO. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 15/08/2007. DJ 22/08/2007. p. 00025.

Em outro caso, onde se pleiteava, de forma individual, o fornecimento pelo Poder Público de um medicamento de marca específica, e ainda em fase de teste, sendo que havia o similar, decidiu-se pela negativa do direito diante do efeito multiplicador.⁵³

n) Exige valoração o problema da fixação ou não da multa diária por atraso no cumprimento da ordem judicial pelo Poder Público, considerando que se pode executar valor altíssimo da multa, muitas vezes, superior ao próprio tratamento solicitado. Na prática, há vários casos em que a demora ocorre por impossibilidade real, como, por exemplo, em situações onde é exíguo o prazo para aquisição de insumo no exterior ou em que há dificuldades para localizar o autor da ação, etc..

Em caso específico o STF entendeu não ser aplicável multa, diante da lesão à economia pública, em uma ação civil pública, promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.⁵⁴

o) Efetivamente a questão do direito à saúde gera dificuldades reais no processo de interpretação, como demonstra decisão individual da ex-presidente do Supremo, Ministra Ellen Gracie: *“Preocupa-me, assim, sobremaneira, a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Os pedidos de contracautela em situações como a que ensejou o deferimento da liminar ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual. (...).”*⁵⁵

O Poder Judiciário começa a reconhecer que, entre a não eficácia da norma e a eficácia absoluta, existe um grande espaço para se construir o que a comunidade deseja no âmbito coletivo.

⁵³. SS 3073/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 9/2/2007; DJ. 14/02/2007, p 00021, no mesmo sentido, STF, SS 3145/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 18/04/2007, DJ 18/04/2007, p 00017. Há também o caso onde preponderou o respeito ao Protocolo previamente fixado pelo Poder Público, envolvendo a questão da infertilidade feminina, no qual foi negada liminar, com base no perigo de irreversibilidade da medida (SS 3263/GO), o qual colide com um caso análogo (SS 2944/PB) em que se reconheceu o perigo da demora inverso em uma demanda do medicamento Viagra (SS 2944). SS 3263/GO–Goiás. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 23/07/2007. DJ 02/08/2007, p. 00074, no mesmo sentido, SS 3201/GO. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie. Julgamento 20/06/07, DJ 27/06/2007, p 00018; SS 3322/GO. Ministra Ellen Gracie. j. 12/09/2007. DJ 26/09/2007, p 00021; STA 138/RN. Suspensão de Tutela Antecipada. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 12/09/2007; DJ 19/09/2007, p. 00024

⁵³. STA 69/SP. Suspensão de Tutela Antecipada. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 25/9/2006; DJ 04/10/2006, p. 000030; no mesmo sentido SL 114/SP. Suspensão de Liminar. Ministra Ellen Gracie, j. 21/09/2006; DJ 28/09/2006, p. 00044.

⁵⁴. STA 69/SP. Suspensão de Tutela Antecipada. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 25/9/2006; DJ 04/10/2006, p. 000030; no mesmo sentido SL 114/SP. Suspensão de Liminar. Ministra Ellen Gracie, j. 21/09/2006; DJ 28/09/2006, p. 00044.

⁵⁵. SL 166/RJ. Suspensão de Liminar. Presidente Ministra Ellen Gracie. J. 14/06/2007. DJ 21/06/2007, p. 0038; no mesmo sentido, SS 3193/RN. Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j.05/06/2007; DJ 15/06/2007, p. 00018; SS 3183/SC. Suspensão da Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie j. 05/06/2007. DJ 13/06/2007, p.

p) Problema comum a ser enfrentado pelo intérprete é o ajuizamento direito de ações judiciais, desconsiderando o procedimento administrativo existente para adquirir o benefício. Para evitar eventuais burocracias, ajuíza-se uma ação e o Poder Público passa a cumprir a ordem judicial.

Em decisão recente e minoritária, tal fato foi abordado pelo STF com um viés diferente, que reconheceu a importância de se respeitar o procedimento administrativo, aqui não sob o ângulo da igualdade, mas sob a luz da ordem econômica: “10. *Todavia, o fornecimento da prótese em tela, como determinado pela liminar ora impugnada, vale dizer, não se observando o devido procedimento administrativo, é ofensivo à ordem jurídico-administrativa e à econômica pública, nos termos do art. 4º da Lei 4.348/64. 11. Ante o exposto, acolhendo pedido alternativo formulado pelo requerente, (...)*”⁵⁶

q) A determinação de que o Poder Executivo forneça medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), de comercialização proibida no território nacional, é extremamente polêmica, seja pela não comprovação da eficácia, ou pelo desrespeito aos termos da condução de pesquisa e introdução de novos medicamentos no país.

O caso a seguir, analisado pelo STF, apresentava um diferencial que deve ser avaliado com muita cautela: cassar uma liminar obtida por um paciente que já vinha utilizando determinado medicamento ou tratamento. Aqui, a situação muda de tônica, pois surge efetivamente o risco de vida em se cortar o uso de uma medicação, meio do tratamento.

A decisão abaixo transcrita, partiu do pressuposto que o autor necessitava da continuidade da medicação. Assim, não se analisou diretamente o uso da droga importada: “*b) antes da prescrição do medicamento importado objeto da liminar (diazóxido), a impetrante fez uso de outras drogas, porém sem sucesso (...) A medicação de primeira linha, o Diazóxido, precisou ser importada do Canadá pelo Hospital das Clínicas e teve excelente resultado na paciente (...) 6. Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado (...) entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço.*”⁵⁷

00022; SS 3231/RN. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 28/5/2007, DJ 01/06/2007, p. 00022; SL 188. Suspensão de Liminar. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 14/12/2007; DJE 018, divulgado 01/02/2008.

⁵⁶. SS 3183/SC. Suspensão da Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 05/06/2007. DJ 13/06/2007, p. 00022, no mesmo sentido, SL 188, Suspensão de Liminar. Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 14/12/2007; DJE 018, divulgado 01/02/2008.

⁵⁷. STF, SS 3205 /AM, Presidente Ministra Ellen Gracie, j. 31/05/2007, DJ 08/06/2007, pp. 00023.

Muitas liminares ganham caráter definitivo, diante da irreversibilidade da medida diante do início de um tratamento diferente do catalogado pelo Poder Público. O aumento do poder geral dos juízes em conceder e denegar liminares, sem a oitiva da parte contrária, cria situações ainda mais complexas que as originais, ferindo o contraditório e desgastando o processo de implementação consciente dos direitos sociais.

2. O Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça também tem enfrentado várias dificuldades na condução da interpretação do direito à saúde.

a) A análise da aplicação dos termos do Código de Defesa do Consumidor ao SUS. Indiretamente, o STJ reconheceu que não se aplica o Código por não haver a remuneração direta pelo serviço oferecido.

A questão pode tornar-se ainda mais polêmica se adentrarmos em um tema pouco explorado, quase um tabu: as ações e serviços do SUS devem ser gratuitas? A Constituição Federal garante a “universalidade” e a “igualdade”, mas haveria um espaço aqui para cobrança pelo serviço do usuário que não seja hipossuficiente?

A princípio não há nenhum impedimento constitucional. A questão verte-se para a seara político-social, no sentido de definição da amplitude do projeto SUS e da relação que se pretende estabelecer entre universalidade e igualdade.⁵⁸

b) Acompanhando a posição do Supremo Tribunal Federal, o STJ entende haver legitimidade do Ministério Público para interpor ação civil pública de cunho individual nos casos que envolvem direito à saúde, por ser um direito individual indisponível.⁵⁹

c) Mantendo harmonia com a posição do Supremo Tribunal Federal, a condição de carência é sempre destacada como um fundamento. Talvez seja importante ressaltar que a hipossuficiência é um conceito relativo, ainda mais evidente na questão dos medicamentos. Na categoria denominada “medicamentos excepcionais”, onde se incluem os insumos de última geração, o custo é elevadíssimo para praticamente toda a população. Agora, tomando como parâmetros programas como “Dose Certa” e “Farmácia Popular” inverte-se a equação.⁶⁰

⁵⁸. STJ, Resp n.º 493181. Relatora Ministra Denise Arruda, j. 15/12/2005. DJ 01/02/2006, p. 431.

⁵⁹. STJ, Resp n.º 933974/RS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 04/12/2007, DJ 19/12/2007; no mesmo sentido, EDCL no AGRG no AG 492969/RS; AGRG n.º 776179; Resp 688536-PA; Resp 932330/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, j. 04/09/2007. DJ 24/09/2007, p. 265; Resp n.º 885416/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18/09/2007; DJ 08/10/2007, p. 222; Resp 913356/RS. Resp 687867/RS. Relator Ministro Humberto Martins, j. 2/02/2007. DJ 09/03/2007, p. 298.

⁶⁰. AgRg n.º Ag 893108/PE. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Ministro Herman Benjamin. J. 11/09/2007. DJ 22/10/2007, p. 240; AgRg no Resp n.º 888.975/RS; ROMS n.º 11.129/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 18/02/2002, p. 00279; STJ. RMS. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Ministro

d) A decisão coerente merece destaque por considerar a importância da municipalização e a atribuição efetiva do poder local. É emblemática por sinalizar um compromisso do Poder Judiciário em implementar o difícil processo de descentralização previsto na Constituição Federal.

São os termos do voto, que teve adesão da maioria, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. EXECUÇÃO DIRETA DE AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ATRIBUIÇÃO LEGAL DOS ÓRGÃOS LOCAIS, E NÃO DA UNIÃO.”⁶¹

Esse voto majoritário é um dos poucos que analisa a ampla legislação que forma o SUS de forma completa e não parcial, merecendo destaque e respeito à profundidade da pesquisa do Relator para fundamentar a sua decisão.

e) Reiteradamente o estatuto da direito à saúde é tido como fundamental, interpretado de forma muito ampla, vinculado aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana.

A decisão a seguir demonstra bem a forma como o Tribunal trabalha esses conceitos: “(...) *O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis (...) Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico (...). Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles (...)*”⁶²

Relator José Delgado, J. 27/02/2007, DJ 19/03/2007, p. 285; no mesmo sentido, Resp 904443/RS. Ministro José Delgado, J. 13/2/2007, DJ 26/02/2007, p. 567.

⁶⁰ . STJ. AgRg no Resp 888.975/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 16/08/2007. DJ 22/10/2007, p. 205, por maioria. Invoca como precedente Resp. 873196/RS, por maioria. Relator Ministro José Delgado. Relator para o acórdão Teori Albino Zavascki, j. 03/05/2007; DJ 24/5/2007.

⁶¹ . STJ. AgRg no Resp 88875/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 16/08/2007. DJ 22/10/2007, p. 205, por maioria. Invoca como precedente Resp. 873196/RS, por maioria. Relator Ministro José Delgado. Relator para o acórdão Teori Albino Zavascki, j. 03/05/2007; DJ 24/5/2007.

⁶² . Resp 811608/RS. Ministro Luiz Fux, j. 15/05/2007. DJ 04/06/2007, p. 314.

f) Entende-se que o direito à saúde tem aplicabilidade imediata: *“O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional (...)Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.(...)”*⁶³

g) Outra discussão permeia o difícil equacionamento entre a reserva do possível limite orçamentário e o mínimo existencial a ser garantido a cada ser humano. O STJ, em regra opta por garantir o direito à saúde: *“(...)A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.(...)Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”*⁶⁴

3. Paradigmas da Justiça Paulista

Faz-se necessário analisar a situação da Justiça Estadual, começo e término da maioria das ações. Conforme já colocado, em posição majoritária dos Tribunais Superiores, prevalece o entendimento da solidariedade, da responsabilidade entre os entes federados, podendo o autor da ação optar livremente na composição do pólo passivo da ação.

⁶³ Resp 811608/RS. Ministro Luiz Fux, j.. 15/05/2007. DJ 04/06/2007, p. 314.

⁶⁴ . Resp 811608/RS. Ministro Luiz Fux, j. 15/05/2007. DJ 04/06/2007, p. 314.

Muitas ações são ajuizadas contra os Estados e há problemas de cunho processual que fazem diversas questões não chegarem aos Tribunais Superiores. Cite-se, como exemplo, a concessão de várias liminares, *inaudita altera partes*, as quais têm um caráter satisfativo. É interessante notar que não se pode tratar a questão do reconhecimento de direitos na esfera de saúde como algo reversível muitas vezes.⁶⁵ O problema prático aqui apontado é o tratamento homogêneo das questões de saúde, sem a apreciação da particularidade de cada caso.

Cabe uma análise das decisões paradigmas, apontando-se que elas são reproduzidas com frequência e são muito similares⁶⁶

a) Reforça-se aqui, mais uma vez, a interpretação do direito à saúde sob o prisma genérico do direito à vida e à dignidade da pessoa humana: “(...) *Em primeiro lugar, basta a leitura da Constituição Federal, em especial dos artigos 1º, inciso III (“a República Federativa do Brasil ... tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana), art. 5º, caput (“... garantindo-se aos brasileiros ... o direito à vida), e inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito”), 6º (“são direitos sociais a educação, a saúde”) e 196 e seguintes, para derrubar por terra as argumentações tecidas pela Fazenda Estadual em suas razões de apelação, no que se refere ao fornecimento dos medicamentos solicitados.*”⁶⁷

b) O direito à saúde é considerado um direito público subjetivo em quase todas as decisões, sem questionamentos: “*Como se sabe, a saúde, de um lado, constitui direito público subjetivo do cidadão e, de outro, dever do Estado (CF, artigo 196)*”⁶⁸

⁶⁵ Houve um caso interessante em que o Estado foi acionado a fornecer determinado medicamento e o juízo concedeu o pedido de forma liminar. Após o contraditório, convenceu-se que o autor havia extrapolado o pedido, pois o Estado tinha sido obrigado a fornecer insumo não indicado para o caso concreto. Determinou a revogação da liminar, porém, os médicos da Secretaria da Saúde comunicaram que a ordem não poderia ser cumprida, uma vez que, iniciado o tratamento, não se poderia simplesmente interrompê-lo por ordem judicial, somente um técnico poderia avaliar e analisar o momento oportuno de sua suspensão.

⁶⁶ Adverte-se que o volume de ações na área de saúde e medicamentos é muito grande e, no ano de 2007, levou a Procuradoria Geral do Estado a criar um setor específico só para se especializar e a acompanhar a demanda. Tem-se como estimativa do gabinete da Procuradoria Judicial o ingresso de 2.205 ações no período de seis meses, entre as demandas ajuizadas somente contra o Estado de São Paulo, na Capital e recursos do interior.

⁶⁷ . TJ/SP, apelação cível com revisão nº 582.668-5/1-00. Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; no mesmo sentido: TJ/SP, apelação cível com revisão nº 656.463-5/0-00. No mesmo sentido: TJ/SP, apelação cível com revisão nº 231.253-5/2-00. Relatora Constança Gonzaga. J. 20/8/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 514.062-5/3-00. Relator Marrey Uint, j. 11/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 514.469-5/0-00. Relator Marrey Uint, j. 11/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 670.172-5/4-00. Relator Carlos Eduardo Pachi, j. 03/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 671.999-5/5-00. Relator Gama Pellegrini. j. 11/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 331.884-5/0-00. Relator Carlos Eduardo Pachi, j. 18/06/2007; no mesmo sentido, TJ/SP, apelação com revisão nº 378.934-5/3-00. Relator Carlos Eduardo Pachi, j. 18/06/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 579.353-5/7-00. Relator Leme de Campos. J. 17/09/2007; TJ/SP. Apelação Cível nº 399.077-5/5-00. Relator Rubens Rihl. j. 29/03/2006.

⁶⁸ . TJ/SP, apelação cível com revisão nº 385.8035/2. Relator Oliveira Passos j. 29/8/2007. No mesmo sentido: TJ/SP, apelação cível com revisão nº 414.122.5/9. Relator Celso Bonilha. J. 03/10/2007

c) O Poder Judiciário paulista considera-se apto a decidir questões pontuais do direito fundamental à saúde ou mesmo sobre a amplitude de políticas públicas, indo de encontro à discussão doutrinária da impossibilidade de análise do mérito do ato administrativo: “(...)O Judiciário não pode se quedar inerte aguardando por parte dos outros Poderes, definições acerca da implementação de políticas de saúde. Havendo direito a ser assegurado, cabe ao Poder Judiciário garantir o fornecimento de medicamentos àqueles que necessitem. Nessas circunstâncias, deve o Estado suportar as despesas relativas ao fornecimento dos medicamentos e insumos, conforme prescrição médica, tantas e quantas vezes forem necessárias, visando ao adequado tratamento médico, sob pena de desobediência.”⁶⁹

d) A qualidade da saúde implica também em uma correta dieta alimentar. Assim, os médicos receitam, além de exames, tratamentos e medicamentos, uma determinada forma de alimentação, que pode compreender desde um suplemento alimentar para colocar no leite até uma dieta a base de frutas, verduras, carne etc., conforme o caso concreto.

Em decorrência dessas prescrições, ações são ajuizadas contra o Poder Público, visando produtos de marcas específicas (como o popular “Sustagen” ou “Leite Ninho”), além do fornecimento de frutas em espécie, cesta básica etc..

São casos polêmicos entre os gestores da área da saúde, pois se entende que há um exagero na dimensão dada ao direito à saúde, não devendo o SUS suportar uma carga tão elevada de atribuições.

Apesar de o Poder Público alegar que esse tipo de pedido tem caráter assistencial, o Poder Judiciário paulista vem reconhecendo o direito dos autores: “Não há que se olvidar que o autor está respaldado na Constituição da República, a qual proclama o atendimento à saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196), cujo atendimento deve ser integral (art. 198, inciso II), compreendendo, por força dessa norma, o fornecimento de alimento para manter a saúde. (...)O agente político pode definir a melhor forma de executar a lei, mas não pode deixar de fazê-lo sob qualquer pretexto.(...) Ademais a decisão que assegura à parte o respeito a um direito, não configura indevida ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, mas simples exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República).”⁷⁰

⁶⁹ . TJ/SP, apelação cível com revisão nº 582.668-5/1-00. Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; no mesmo sentido TJ/SP, apelação cível com revisão nº 414.122.5/9. Relator Celso Bonilha. J. 03/10/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 553.915-5/2-00. Relator Marrey Uint. J. 18/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 606.538-5/1-00. Relator Wanderley José Federighi. J. 17/10/2007; TJ/SP. Apelação cível com revisão nº 610.207-5/6-00. Relator Marrey Uint. J. 25/09/2007; TJ/SP. Apelação Cível com revisão nº 610.828-5/0-00. Relator Marrey Uint. J. 25/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 231.253-5/2-00. Relatora Constança Gonzaga. J. 20/8/2007 (medicamento para HIV).

⁷⁰ . TJ/SP, apelação cível com revisão nº 518.058-5/4. Relator Celso Bonilha. J.19/09/2007; no mesmo sentido TJ/SP, apelação cível com revisão nº 524.200-5/2-00. Relator Antonio Carlos Villen, j. 17/09/2007.

e) Um ponto essencial para compreender a dinâmica do SUS é definir se é necessário o atendimento por parte de um médico do sistema, para que se tenha direito aos seus benefícios ou se a prescrição de qualquer médico, público ou privado, pode gerar benefícios aos pacientes.

O Poder Judiciário paulista entende que, dentro do conceito de direito à saúde, inclui-se o direito de escolher o médico de confiança e, conseqüentemente, deve o Poder Público cumprir de modo complementar o determinado pelo profissional privado do usuário. *“Ora, em boa verdade, no caso sub judice, a melhor possibilidade par ao autor, extraída dos fatos descritos, é a ministração dos medicamentos indicados pelo médico que lhe assiste, apresentando-se o binômio ‘direito do cidadão e dever do Estado’, sendo mister, portanto, a procedência do pedido.”*⁷¹

Cabe analisar a argumentação apresentada que considera, de maneira ampla, a extensão do direito à saúde no Brasil, não exigindo nenhum vínculo de responsabilidade do médico do sistema privado de saúde com o sistema público.

As decisões consideram o parecer de um único médico suficientes para fundamentar o tratamento de determinada doença, de forma excepcional, rompendo todo o projeto de distribuição de benefícios sociais em favor de uma única pessoa.

f) A criação dos Protocolos para Medicamentos Excepcionais por parte do Poder Público⁷² determina políticas públicas de distribuição de medicamentos, fornecimento de próteses, cadeiras de rodas etc.. Em geral, o Poder Judiciário desconsidera esta relação e se afasta a defesa do Poder Executivo, considerando-o sempre em mora: *“Negar o medicamento necessário ao tratamento do apelado é o mesmo que condená-lo a uma pena de morte que nem mesmo é aplicada aos criminosos em nosso país. Podendo, ainda, acarretar-lhe senão sua morte, o agravamento da doença. (...) Altamente elogiável e bem fundamentada a atitude do juiz de primeira Instância que deferiu a liminar e posteriormente em sentença tornou-a definitiva, mencionando inclusive que “que não é possível admitir-se num Estado Democrático de Direito, como nosso, o condicionamento do fornecimento de medicamentos e equipamentos ou a realização de exames à pessoas com doenças graves, ao cumprimento de etapa burocrática de inclusão na lista do Ministério da Saúde, e sua disponibilidade para distribuição somente após estarem padronizados.”*⁷³

⁷¹ . TJ/SP, apelação cível com revisão nº 538.706-5/9-00. Relator Peiretti de Godoy, j. 29/08/2007.

⁷² A elaboração dos protocolos envolve a formação de uma equipe de trabalho com médicos, professores universitários formados em Farmacologia Clínica e Epidemiologia, farmacêuticos e um serviço de apoio que envolve a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), o Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS), os Coordenadores de Assistência Farmacêutica dos Estados, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA), o Centro de Estudo e Pesquisa em Saúde Coletiva (CEPESC), do Rio de Janeiro, diversas Sociedades Médicas, médicos, gestores de saúde, usuários do Sistema Único de Saúde e a própria indústria farmacêutica.

⁷³ . TJ/SP. Apelação civil nº 380.742-5/7-00. Relator Franco Cocuzza. J. 11/08/2005; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 414.122.5/9. Relator Celso Bonilha. J. 03/10/2007, no mesmo sentido, TJ/SP, apelação cível com revisão nº 562.150-5/1-00. Relator Antonio Carlos Villen. J. 17/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 421.917-5/3-00. Relator José Habice. J. 28.05/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 545.188-5/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 545.648 -5/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 558.904

São raros os casos em que o Poder Judiciário reconhece a validade do Protocolo *a priori* e inverte o ônus da prova⁷⁴

g) O termo *universalidade* é interpretado, muitas vezes, de forma incoerente, como se pode notar no julgado transcrito a seguir, onde universalidade justifica a não limitação do direito à saúde no fornecimento de insumos: “*Sem contar, também, que a lei é específica ao afirmar que o fornecimento de medicamentos, insumos e materiais é universal, sem limitar a um ou outro tipo de medicação, ou insumo, ou material.*”⁷⁵

h) O termo universalidade também gera controvérsias, principalmente na discussão da destinação ou não do Sistema Único de Saúde aos hipossuficientes: “*Se as pessoas de recurso têm acesso aos medicamentos, em princípio, cumpre ao Estado (não no sentido de unidade federada e sim ente público das três esferas de Poder) proporcionar idêntico tratamento aos necessitados.*”⁷⁶

i) No mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal, reforça-se a questão da solidariedade dos entes federativos diante do SUS: “*Primeiro devem cumprir com a obrigação solidária estabelecida pela Constituição, que está acima de qualquer lei, portaria ou qualquer outro ato normativo, e fornecerem o medicamento. Feito isso, se for o caso, podem invocar entre si as portarias que repartem suas atribuições, de modo a se indenizarem reciprocamente, caso um seja demandado em virtude da omissão do outro.*”⁷⁷

-9/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 414.122.5/9. Relator Celso Bonilha. J. 03/10/2007, no mesmo sentido, TJ/SP, apelação cível com revisão nº 562.150-5/1-00. Relator Antonio Carlos Villen. J. 17/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 421.917-5/3-00. Relator José Habice. J. 28.05/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 545.188-5/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 545.648 -5/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 558.904 -9/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 414.122.5/9. Relator Celso Bonilha. J. 03/10/2007, no mesmo sentido, TJ/SP, apelação cível com revisão nº 562.150-5/1-00. Relator Antonio Carlos Villen. J. 17/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 421.917-5/3-00. Relator José Habice. J. 28.05/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 545.188-5/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 545.648 -5/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação com revisão nº 558.904 -9/0-00, Relator Marrey Uint, j. 18/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 552.564-5/2-00. Relator Wanderly José Federighi, j. 17/10/2007; no mesmo sentido, TJ/SP, apelação cível com revisão nº 552.581-5/0-00. Relator Augusto Amaral Mello, j. 10/05/2007;

⁷⁴. TJ/SP, apelação cível com revisão nº 644.136-5/5-00. Relator Wanderley Fernandes. J. 22/06/2007.

⁷⁵. TJ/SP, apelação cível com revisão nº 656.463-5/0-00. Relator Marrey Uint, j. 02/10/2007; no mesmo sentido TJ/SP, apelação cível com revisão nº 425.237-5/9-00. Relator Marrey Uint. J. 11/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 658.160.5/1-00. Relator Olavo Sá. J. 03/08/2007.

⁷⁶. TJ/SP, apelação cível com revisão nº 656.463-5/0-00. Relator Marrey Uint, j. 02/10/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 467.744-5/0-00. Relator Almeida Sampaio, j. 25/07/2007. Em sentido contrário, TJ/SP, embargos infringentes nº 416.902-5/5-01. Relator Ferraz de Arruda. J. 23/08/2007; TJ/SP, medida cautelar nº 661.978-5/1-00. Relator nº 19/09/2007, j. 19/09/2007.

⁷⁷. TJ/SP, apelação cível com revisão nº 656.463-5/0-00. Relator Marrey Uint, j. 02/10/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 404.253-5/8-00. Relator Moreira de Carvalho, j. 18/06/2007; no mesmo sentido TJ/SP, apelação cível com revisão nº 421.917-5/3-00. Relator José Habice. J. 28.05/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 518.058-5/4. Relator Celso Bonilha. J. 19/09/2007; TJ/SP, apelação cível nº 548.223.5/2-00. Relator Oscild de Lima Junior. J. 08/10/2007; TJ/SP, apelação cível nº 561.927.5/0-00. Relator Oscild de Lima Junior. J. 08/10/2007; TJ/SP, apelação cível nº 566.614-5/9-00. Relator Peiretti de Godoy, j. 10/10/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 630.787-5/8-00. Relator Oliveira Santos, j. 27/08/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 681.246-5/8-00. Relator Franklin Nogueira. j. 25/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 404.253-5/8-00. Relator Moreira de Carvalho, j. 18/06/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 652.484-5/6-00. Relator Jair de Souza, j. 03/08/2007.

j) Em vários casos, o Poder Judiciário não vê a necessidade do indivíduo, que pretende obter benefícios do sistema público, cadastrar-se como um usuário deste sistema. O acesso ao SUS é visto como automático, sem nenhuma burocracia, como, por exemplo, a exigência de que a pessoa apresente seus dados pessoais e tenha um registro para sua própria segurança.

Aqui se nota um paradoxo, pois em outros países, discutem-se os avanços de se ter registros eficazes na área da saúde, inclusive para uma atuação médica em caso de emergência.⁷⁸

l) Quanto à produção de provas, a presunção de legitimidade favorece o foco individual e não o coletivo do direito à saúde: *“Assim, tratando-se de fornecimento de medicamento de grave enfermidade, sendo indispensável à qualidade de vida da impetrante, não pode a Administração Pública opor óbices como a não contemplação no protocolo clínico do remédio pretendido, ou mesmo limitação orçamentária, porque cabe ao Estado fornecer o remédio apropriado, para o tratamento da moléstia.”*⁷⁹. Ademais, argumenta-se na decisão, que a alegação do Poder Público “de já fornecer o medicamento”, não é suficiente para afastar a pretensão, posto que é de se presumir ser o ajuizamento da ação ocorreu do não fornecimento do medicamento prescrito.

m) Somada à questão de desconsideração das políticas públicas e da exigência da realização de benefícios não previstos a todos, tem-se ainda a condenação do Poder Executivo a pagar multa diária, honorários advocatícios e custas processuais, com repercussões sérias na contabilidade dos custos na área da saúde. O teor das decisões segue como padrão: *“Outrossim, a imposição de multa para o descumprimento da obrigação de fazer é adequada, pois a demora no cumprimento das decisões judiciais importa em infringência a direito do apelado. Vale assinalar que a multa diária foi estabelecida apenas para o caso de inobservância da ordem judicial, de modo que nada acontecerá se a obrigação for executada.”*⁸⁰

n) É posição majoritária que a questão orçamentária não deve ser levada em conta na perseguição dos fins do direito à saúde: *“O cidadão tem direito assegurado à saúde, sendo dever do Estado patrocinar tal direito, conforme determina o artigo 210 da Constituição do Estado de São Paulo. O bem maior a ser preservado, no caso de fornecimento de medicamentos, é a vida. E contra este não há interpretação legal, orçamento, competência administrativa, ou reclamo que possa ser interposto. Nenhuma vida humana vale menos do que um orçamento público ou privado, e sendo dever do Poder Público garantir a vida do cidadão tem ele o dever de fornecer integral atendimento ao cidadão.”*⁸¹

⁷⁸. TJ/SP, apelação cível com revisão nº 404.253-5/8-00. Relator Moreira de Carvalho, j. 18/06/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 652.484-5/6-00. Relator Jair de Souza, j. 03/08/2007.

⁷⁹. TJ/SP, apelação cível com revisão nº 680.269-5/5-00. Relatora Vera Angrisani, j. 18/09/2007.

⁸⁰. TJ/SP, apelação cível com revisão nº 523.133-5/9-00. Relator Peiretti de Godoy. No mesmo sentido: TJ/SP, apelação cível com revisão nº 656.463-5/0-00. Relator Marrey Uint, j. 02/10/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 531.807-5/9-00. Relator Peiretti de Godoy, j. 05/09/2007; PJ/SP, apelação cível com revisão nº 609.185-5/1-00. Relator Marrey Uint, j. 25/09/2007.

⁸¹. TJ/SP, apelação cível com revisão nº 399.171-5/4-00. Relator Lineu Peinado. J. 11/09/2007, no mesmo sentido, TJ/SP, apelação cível com revisão nº 404.253-5/8-00. Relator Moreira de Carvalho, j. 18/06/2007; TJ/SP, apelação cível

o) O SUS é financiado pelo erário, conseqüentemente, a aquisição de insumos deve respeitar o processo de licitação e o gestor deve optar sempre pelo melhor custo e benefício, como, por exemplo, os medicamentos genéricos e similares. Esse ponto também não é considerado, em geral, nos casos práticos: *“Bem de ver que a emergência na compra de medicamentos e insumos poderá até ensejar a dispensa de licitação, haja vista o disposto no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93. De qualquer modo, impende ainda considerar que a Administração Pública não deve se esquivar de tal dever constitucional para com o cidadão, diante da própria redação da Lei de Responsabilidade Fiscal que, em seu artigo 5º, inciso III, alínea b, aponta que o orçamento anual dos entes federativos deverá conter reserva de contingência, cuja forma de utilização do montante, definido com base na receita corrente líquida, será destinada ao atendimento de passivos contingenciais e outros riscos e eventos fiscais imprevistos, tais como o fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo para portadores de graves debilidades físicas”*⁸²

p) Várias decisões determinam que o Poder Público deve realizar transplantes de órgãos, em detrimento à fila legítima existente.

O caso concreto levado a juízo torna-se relevante e, uma vez concedida a liminar, ela adquire caráter satisfativo, resultando na realização quase que imediata da cirurgia.

É difícil estabelecer, segundo o critério de igualdade, quem necessita mais do órgão. Em algumas decisões, opta-se pelo indivíduo. É interessante notar que, quando se invalida a lista, a pessoa prejudicada, o primeiro da relação que deixou de ser transplantado, ingressa contra o Poder Público visando à indenização por danos morais por ter sido preterido.

O intérprete tem enfrentado sérios problemas diante dos dilemas levados a juízo diariamente. A indeterminação dos conceitos do Sistema Único de Saúde, a imprecisão da legislação ordinária e o desconhecimento das origens do projeto têm levado ao estabelecimento de privilégios individuais.

com revisão nº667.739-5/5-00. Relator Magalhães Coelho, j.. 18/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 669.901-5/0-00; nº 670.089-5/5-00; nº 681.254-5/4-00. Relator Alves Bevilacqua, j.18/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 351.388-5/3-00. Relator Marrey Uint., j. 28/08/2007; no mesmo sentido; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 423.133-5/0-00. Relator Marrey Uint. J. 11/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 617.263-5/1-00. Relator Peiretti de Godoy. J. 10/10/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 676.157-5/0-00. Relator Guerrieri Rezende, j. 20/08/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 523.133-5/9-00. Relator Peiretti de Godoy. J. 10/10/2007, no mesmo sentido, TJ/SP, apelação cível com revisão nº 559.314-5/3-00. Relator Peiretti de Godoy, j.. 10/10/2007; TJ/SP, apelação civil nº 621.564-5/0-00. Relator Peiretti de Godoy, j. 26/09/2007; TJ/SP, apelação cível com revisão nº 523.133-5/9-00. Relator Peiretti de Godoy. J. 10/10/2007, no mesmo sentido, TJ/SP, apelação cível com revisão nº 559.314-5/3-00. Relator Peiretti de Godoy, j.. 10/10/2007; TJ/SP, apelação civil nº 621.564-5/0-00. Relator Peiretti de Godoy, j. 26/09/2007; TJ/SP. Apelação civil nº 667.244-5/6-00. Relator Guerrieri Rezende, j.. 20/08/2007.

⁸² . TJ/SP. Apelação civil nº 684.557-5/9-00. Relator Paulo Dimas Mascaretti . J. 03/10/2007, no mesmo sentido TJ/SP. Apelação civil nº 688.062-5/9-00. Relator Paulo Dimas Mascaretti. J. 03/10/2007; TJ/SP. Apelação civil nº 688.578-5/3-00. Relator Gama Pellegrini, j.. 11/09/2007.

Aos poucos, as exceções são levadas ao conhecimento da comunidade, gerando o descrédito nas iniciativas implementadas e provocando reflexos perante o próprio gestor do sistema, obrigado a conduzir políticas públicas para atender demandas judiciais específicas.

É preciso diferenciar a demanda real, originada de uma omissão do Poder Público em concretizar o direito à saúde, daquela que pleiteia um benefício que foge da necessidade básica, representando um *plus* ou um mero conforto em determinado tratamento, e também da demanda “fabricada”, para acobertar interesses não legítimos de grupos sociais.

VIII. A necessidade da formação de novos paradigmas

A lógica que predomina é simplificar o direito à saúde como equivalente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. É um direito individual subjetivo que não pode ser denegado, porém *todos* têm o direito à vida; *todos* têm o direito à dignidade humana e todos têm direito à saúde. Fixar-se somente nesses conteúdos leva o intérprete a cometer equívocos, priorizando o aspecto individual em detrimento ao comunitário.

Há a necessidade de preencher o conteúdo do direito à vida e da dignidade humana, harmonizando-os e integrando-os com outros direitos sociais, com a legislação infraconstitucional e com a estrutura das políticas públicas do SUS, delineadas com a participação da comunidade.

O direito à saúde é um direito subjetivo com dimensão social, assim, tanto no momento em que se o evoca para denegá-lo ou para reconhecê-lo, a decisão deve considerar, caso a caso, a dimensão da repercussão social da decisão individual proferida.

A fórmula *direito público subjetivo* em conjunto com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana resulta em uma visão absolutamente individual do direito à saúde, levando a construção de decisões que concedem todo e qualquer pedido apresentado ao Poder Judiciário.

Se o direito à saúde continuar sendo visto pelo conceito da justiça comutativa, continuará privilegiando um grupo determinado, o auditório particular daqueles que têm acesso ao atendimento médico e ao Poder Judiciário.

IX. A Separação dos Poderes e a atuação do Poder Judiciário

O desafio do Estado Social de Direito é modificar o clássico pensamento do juiz voltado para a justiça comutativa e colocá-lo em um papel ativo para ponderar interesses divergentes e balancear direitos e deveres do sistema social, segundo os patamares fixados pelos Poderes Legislativo e Executivo⁸³.

Ao analisar um direito subjetivo público originário de um direito social, o Poder Judiciário deve ter um comportamento consciente de seu limite institucional definido pela própria Constituição.

A legitimidade para fazer opções na condução das políticas públicas é do Poder Legislativo e do Poder Executivo, os quais, em uma democracia, exprimem a soberania popular através do “*sufrágio universal e pelo voto direito e secreto, com igual valor para todos*”.⁸⁴ A Constituição Federal também determina que seja feita a consulta diretamente à comunidade através dos Conselhos de Saúde.

O SUS deve ser universal e igualitário, sendo que a constante quebra dos projetos de políticas públicas através de decisões judiciais acaba por gerar a existência de um grupo de pessoas privilegiadas, seja pela atuação voltada apenas para o caso concreto, seja pelo desconhecimento das opções políticas que levaram o gestor a optar por determinado caminho.

No momento em que o Poder Judiciário passa a não se interessar pelas políticas públicas estabelecidas, desconsiderando-as quanto ao conteúdo, extensão e modo de proceder do SUS, passa a estar caracterizada a ruptura do sistema da tripartição dos poderes, justamente por violar a estabilidade das regras do jogo pré-fixadas. Rompem-se os sistemas de legitimação, responsabilidade, controle e sanção. O poder é único. A repartição funcional dos Poderes implica compartilhar funções e estabelecer projetos únicos, com cada subsistema de poder agindo para o mesmo fim e não um contra ou sobrepondo-se ao outro.

No Capítulo 6, do Livro XI do Espírito das Leis, Montesquieu assinalava o papel do juiz como o de um ser destituído de vontade, um aplicador da lei – “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”. Hoje em dia, entende-se que o juiz tem uma pré-compreensão e que interage com a causa na escolha dos métodos de interpretação para chegar a um resultado.

Se por um lado o Poder Judiciário deve assumir a posição de manifestar-se nos conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais, por outro, não pode se esquivar através do uso de fórmulas vazias, sem conteúdo, fundamentos ilusórios⁸⁵, o que coloca em xeque a própria ordem constitucional, tornando-se obstáculo à ciência e à investigação.

⁸³ . “Na lógica dessas ‘regras de julgamento’, o equilíbrio designa um juízo que permite, por um lado, ponderar a relação entre interesses divergentes e, por outro, balancear tanto os direitos quanto as obrigações no sistema social.” Faria, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, p. 277.

⁸⁴ . Artigo 14, *caput*, Constituição Federal.

⁸⁵ . Kaufmann, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 88.

Para se compreender o SUS deve-se levar em consideração que “*não se pode compreender a parte sem uma pré-compreensão do todo, mas o todo não é compreensível sem o entendimento das suas partes.*”⁸⁶

O intérprete deve ter cuidado diante de um direito social em apontar a existência de uma lacuna ou incorreções com base em um sistema hipotético desejável, mas desvinculado da realidade social e dos projetos sociais estabelecidos⁸⁷. A decisão deve buscar “razoável”, o que, muitas vezes, implica em apontar defeitos na lei, resultando em uma interpretação extensiva ou restritiva.

O Poder Judiciário deve estar comprometido com a realização de um projeto do povo brasileiro e de cunho coletivo. Para tanto é importante que suas decisões defendam os princípios basilares do Sistema Único de Saúde, ajudando a manter as bases do projeto construído e agindo pontual e conscientemente nos casos onde for detectada a omissão.

X. Justiça Distributiva: a repartição de benefícios e ônus sociais

O intérprete tem a cultura e formação jurídica voltada para a aplicação da justiça comutativa, com ênfase no direito privado, como, por exemplo, na reparação de dano no caso de erro médico. Hoje, é instado a manifestar-se em casos em que a solução da lide implica justiça distributiva, compatibilizando metas coletivas e interesses individuais.

A discussão da eficácia da implementação de políticas públicas na área da saúde no âmbito do Poder Judiciário demonstra ser um “*canal para sua visibilidade, para se criarem impasses que obriguem a negociações, evitaram que demandas básicas levassem a revoltas populares contínuas.*”⁸⁸. Na prática, o Poder Judiciário vem sendo convocado a atuar em situações que deveriam ser resolvidas em arenas com a presença de representantes eleitos de forma democrática e nas arenas populares e, aqui reside a dever de cautela.

O intérprete não pode ser indiferente à realidade. Tercio Sampaio Ferraz Jr. ao discursar sobre o justo e o belo, entende que no processo de comunicação não se aceita a postura de indiferença. Existe o justo e o injusto. A percepção do justo é precedida da percepção do injusto.

A posição de indiferença do Poder Judiciário em relação às políticas públicas legitimamente estabelecidas, vem causando situações injustas, as quais negam o outro em um contexto social. Nas palavras de Tércio: “*É a insignificância da insignificância. (indiferença) do outro. Aí o sentido da injustiça: o outro não conta.*”⁸⁹

⁸⁶. Kaufmann, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 121.

⁸⁷. Engisch, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, 6ª edição, p. 275 e seguintes.

⁸⁸. Lopes, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método: 2006, p.. 120.

⁸⁹. Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 261.

Deve, assim, o juiz, com intérprete autêntico, ao estabelecer o aporte argumentativo, partir do conhecimento da estrutura montada e das regras fixadas para a distribuição de quotas comuns, considerando sempre serem os pontos de referência a universalidade e igualdade.

No âmbito da Justiça Comutativa, garante-se a vida e dignidade de determinada pessoa, mas deve-se ponderar a repercussão dessa decisão perante os demais usuários do sistema. No SUS não há certo e errado. Não é um jogo de soma zero, onde um ganha e outro perde, como na relação de consumo, mas sim, um “*jogo de soma não zero, pois a cooperação criará algo a ser dividido (pode ser o lucro e pode ser o prejuízo)*”⁹⁰.

Ao se trabalhar com o paradigma de direito fundamental à saúde deve-se harmonizar a universalidade e a igualdade. A exceção à regra deve ser restrita e ponderada diante de cada caso concreto, tendo-se como meta sempre procurar aplicar o melhor da norma no aspecto individual sem desconsiderar o contexto social real.

O Sistema Único de Saúde tem um custo: a) o custo *político* por pressupor a regionalização e implica nas difíceis tarefas de distribuição de funções e do orçamento na federação brasileira; b) o custo *financeiro*, seja pelo preço cada vez alto das novidades científicas, seja pela dificuldade em se estabelecer o financiamento do Sistema⁹¹; c) o custo *educacional e cultural*. Precisa ser compreendido, pressupõe o conhecimento de seus princípios e estrutura para poder gerar a análise da eficácia da atuação estatal diante do caso concreto.

Os operadores do direito não podem esquecer no processo de interpretação que o preenchimento do conteúdo e dos limites do direito à saúde deve ser feito através das arenas onde se estabeleça a “*participação da comunidade*”, conforme expresso no artigo 198, inciso III da Constituição Federal.

Incentivar a participação dos representantes nas Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde é um passo fundamental para compreender que o SUS não é um programa de governo, mas um projeto constitucional. Tem-se aqui a forma legítima de responder perguntas como: A quem o SUS é dirigido? Qual é a sua extensão e limites?

O novo desafio exige que os operadores do direito ajudem a estabelecer uma linguagem comum do direito à saúde para a produção de decisões judiciais com resultados justos, tanto no âmbito individual, como no coletivo, sendo imperiosa a necessidade de aprofundar os estudos na área da Hermenêutica Constitucional, dos Direitos Fundamentais Sociais, do Direito Sanitário e das Políticas Públicas, principalmente diante dessa importante fase de compreensão do objeto pelo Poder Judiciário, por estar a questão a ser julgada sob a ótica da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹⁰ . Ibid., p. 146.

⁹¹ . Artigo 198, parágrafo 1.º da Constituição Federal.

Referências Bibliográficas

- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica. Pensamento Formal e Argumentação*. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais. Tomemos a sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Organizadora. *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COHEN, Cláudio. SEGRE, Marco. *Bioética*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos Direitos Econômicos, sociais e culturais*. In Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. Sérgio Sérulo da Cunha e Eros Roberto Grau (organizadores). São Paulo: Malheiros, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*. In Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 147-166.
- _____. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Sanitário e Meio Ambiente*. In Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental. Arlindo Philippi Junior. Alaôr Caffé Alves. Universidade de São Paulo. Barueri/SP: Manole, 2005, pp. 607-644.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, 6ª edição.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GARCIA, Maria. *Limites da Ciência. A Dignidade da Pessoa Humana. A ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução do alemão *Rechtphilosophie*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Original *Reine Rechtslehre*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método: 2006.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Safeguarding of the social right to pharmaceutical assistance in the state of São Paulo, Brazil. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 1, 2007. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 03 June 2008. doi: 10.1590/S0034-89102007000100014

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade. Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.