

Eu, RENATA OLIVEIRA DA ROCHA, brasileira, solteira, advogada, na qualidade de titular dos direitos morais e patrimoniais do artigo DIREITO À SAÚDE E O COMPARTILHAMENTO DEMOCRÁTICO DO ACESSO ÀS TECNOLOGIAS MÉDICAS AVANÇADAS:

1. DECLARO, para os devidos fins, que cedo, em caráter gratuito e por tempo indeterminado, minha tese ou dissertação acima identificada, cuja cópia, segue em anexo.
2. DECLARO, que sou a única e exclusiva responsável, pelo conteúdo do artigo acima referido; e

DIREITO À SAÚDE E O COMPARTILHAMENTO DEMOCRÁTICO DO ACESSO ÀS TECNOLOGIAS MÉDICAS AVANÇADAS

Renata Oliveira da Rocha

Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Especialista em Direito Público pela Universidade Salvador – UNIFACS. Advogada.

Resumo: O objeto da investigação que aqui se compendia é a injustiça observada no acesso democrático às tecnologias médicas avançadas¹ no contexto da escassez de recursos públicos para a saúde no Brasil. Observa-se que o direito à saúde na pós-modernidade² apresenta dilemas que o ordenamento jurídico, diante da crise paradigmática atual, não consegue resolver sem se adaptar, convenientemente, à nova realidade. Um desses dilemas é o compartilhamento democráticos do progresso científico em saúde. O Estado, nesse mister, tem o dever de efetivar políticas públicas, com ampla participação popular, que contemple, no serviço público de saúde, tecnologias médicas avançadas quando indispensáveis para a manutenção da vida e dignidade humana. A judicialização do direito em saúde é um dos reflexos de políticas públicas não efetivadas da forma devida e constitui prática legítima, fazendo a justiça do caso concreto quando diante da negativa de atendimento a ser prestado pelo Estado a situações em que o tratamento é indispensável para a manutenção da vida e dignidade do paciente.

Palavras-chaves: Direito à saúde. Tecnologias Médicas Avançadas. Alocação de Recursos em Saúde. Justiça Social.

Abstract: The fundamental purpose of this research is to evaluate the democratic sharing of wide access to the benefits and services from scientific progress. The right to healthcare in the post-modernity era presents dilemmas that the Law, amidst the current paradigmatic crisis, cannot attend without adapting to the new reality, to the new authors and, evidently, without the use of new tools. One of these dilemmas is the democratic sharing of scientific progress in health.

The State, in this challenge, has the obligation to develop public policies with wide popular participation that grant, in the public healthcare sector, advanced medical technologies when essential for the maintenance of life and human dignity. The judicialization of the right to healthcare is one of the reflexes of non-effective public policies in their supposed form and constitute legitimate practice, serving as justice of concrete cases when individuals are denied the assistance is denied by the State, in situations where treatment is indispensable to the maintenance of the patient's life and dignity.

Keywords: Right to healthcare. Advanced Medical Technologies. Resources Allocation in Health. Social Justice.

Sumário: 1 Introdução; 2 A concepção de saúde na Constituição Federal de 1988 e políticas públicas; 3. Alocação de recursos escassos em saúde e o Poder Judiciário; 4 Política Pública de fornecimento de medicamentos de alto custo e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF; 5 Conclusão.

¹ Entende-se, na presente pesquisa, que os medicamentos de alto custo estão inseridos na noção de tecnologias médicas avançadas.

² A pós-modernidade identifica o atual contexto sócio-histórico e se funda na base de pensamentos críticos a respeito da falência dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental. Não se trata apenas de um movimento intelectual, um conjunto de idéias questionadoras da modernidade ou mesmo fruto de uma corrente filosófica que surge como algo pensado, planejado. Vem sendo desenhada e construída a partir de mudanças de valores, costumes, hábitos sociais e das instituições, sendo perfeitamente percebidas as conquistas, crises e desestruturas sociais olhando para o próprio ambiente em que se vive, em pleno processo de transformação. Sobre Direito e pós-modernidade ver em: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Revista Sequência, Santa Catarina, v. 52, p. 131-152, 2009.

1 Introdução

“ Numa condição humana em que homens e mulheres tenham tudo o que desejam e precisam, e em que não devam preocupar-se com qualquer das suas necessidades, a questão da justiça provavelmente seria irrelevante. Assim sendo, se alguém consumisse um bem existente em quantidades potencialmente ilimitadas, nunca poderia ser acusado de “ injusto ”, visto que, provavelmente, não estaria em conflito com os outros para a obtenção de bens. Mas isso não parece ser o caso da alocação de recursos em nossas sociedades, nas quais os recursos são reconhecidamente finitos ”.
(Fermin Schramm, 2000)

A saúde, na pós-modernidade, parece ter se tornado “objeto de consumo”, isto porque, diante dos constantes avanços das pesquisas médicas, vem aumentando também a disponibilidade de sofisticados produtos e serviços. São inegáveis as vantagens resultantes da interação entre ciência e tecnologia, especialmente no âmbito médico. Deve constituir uma das razões da ciência proporcionar alento, qualidade de vida e dignidade aos seres humanos, entretanto, parte importante da população está alijada dos seus benefícios.

Os argumentos que conduzem à premência do compartilhamento do progresso e do desenvolvimento, independentemente da área a que se refiram, podem esbarrar nas complicadas, e ainda aparentemente intransponíveis, questões da escassez de recursos e da falta de “vontade” política. Como, então, refletir sobre direitos que, sequer, vêm sendo prestados de forma minimamente satisfatória?

Muitas vezes, ao se dedicar aos estudos das teorias, doutrinas e legislações nacionais e internacionais relativas a garantias e direitos já conquistados, mas cuja efetividade parece longe de existir, o pesquisador poderá ter a sensação de fracasso antes mesmo de começar a caminhada. Aceitar a realidade, entretanto, é estar conivente com ela. E a realidade da saúde pública brasileira tem sido a exclusão de pessoas “vulneradas” dos benefícios decorrentes do progresso na medicina avançada, em face do alto custo que os acompanha.

Afinal, qual o sentido do progresso, seja na área social, de informação, econômica e, especialmente, na área médica, se não proporciona melhores condições de vida, se não trazer felicidade e dignidade a um número significativo de pessoas, ficando restrita apenas a uma minoria? A lógica da exclusão deve sempre permanecer? Não existiriam meios eficazes de alocar recursos públicos para atender às demandas sanitárias da população realmente necessitada e que cumprissem os regramentos constitucionais da universalidade, gratuidade e

acessibilidade de forma eficiente? Refletir sobre essas questões é, certamente, o primeiro e inadiável passo no caminho da efetiva justiça social em matéria de saúde.

As breves linhas seguintes tratam da alocação de recursos em saúde nas situações em que a escassez constitui um entrave ao compartilhamento democrático às tecnologias médicas avançadas e que tem produzido o fenômeno da judicialização do direito à saúde. Tomar-se-á como exemplo prático as demandas judiciais por medicamentos de alto custo, evidenciando o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal.

2. A concepção de saúde na Constituição Federal de 1988 e políticas públicas

Um dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal Brasileira é o direito à saúde. A garantia do direito à saúde está diretamente ligada ao direito à vida, constituindo um dos bens intangíveis mais importantes do ser humano, apto, portanto, a receber a tutela protetiva do Estado³. Ter uma vida digna é, sobretudo, estar no gozo de uma vida saudável. Portanto, para que o direito à vida seja assegurado efetivamente é necessária a garantia do direito à saúde.

A garantia do direito à saúde passou a ser expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988, quarenta anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴. O legislador constituinte, além de inserir o direito à saúde entre os direitos sociais (art. 6º), dedicou sessão exclusiva ao tema, tratando especificamente da matéria nos seus artigos 196 a 200.

Da análise do artigo 196 da Lei Maior, extrai-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser implementado por meio de políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Estabelece, inclusive, o comando em

³ Segundo José Roque Junges : “Quando a maioria dos países do Primeiro Mundo iniciava um processo de desmonte do Estado do bem-estar social, seguindo a cartilha neoliberal, o Brasil apostou num sistema público de saúde fundado na universalidade e na equidade do acesso aos recursos necessários a uma saúde integral. Essa opção nacional foi fruto de um pacto construído, durante anos, com muita eficiência política e social pelo movimento sanitarista brasileiro”. JUNGES, José Roque. Direito à saúde, biopoder e bioética. Interface (Botucatu), Botucatu, v. 13, n. 29, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832009000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 jan. 2011.

⁴ De acordo com a concepção de saúde desenhada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948⁴: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar próprios e de sua família, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. Ver, especialmente, os artigos 22 e 25. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 29 dez. 2002.

destaque, que o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde deve ser universal⁵ e igualitário⁶.

A norma do artigo 196 da Constituição Federal também enuncia direito subjetivo de todo cidadão a exigir do Estado, administrativa e/ou judicialmente, prestações positivas que assegurem o direito à saúde⁷. Define como sendo uma das diretrizes das ações e serviços públicos de saúde o atendimento integral⁸, nos termos do que estabelece seu art. 198, inciso II⁹. Estas, portanto, foram as opções do legislador constituinte¹⁰. Por tal razão, a negativa do atendimento integral à saúde constitui violação ao princípio da dignidade humana e ao direito fundamental à saúde, todos previstos na Lei Maior.

A concepção de direito à saúde como um direito universal, na medida em que se traduz num importante avanço na conquista dos direitos sociais, apresenta desafios na sua concretização. Ou seja, por ser um direito de todos (ao menos é o que determina a Lei), é imprescindível que a sua oferta esteja efetivamente à disposição de quem necessita, e que seja prestado com qualidade e de forma eficiente. Por isso, a necessidade de se criar um Sistema Único de Saúde – SUS, responsável direto pela implementação das políticas públicas de saúde

⁵ “O princípio da universalidade diz respeito ao reconhecimento da saúde enquanto um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, cabendo ao Estado garantir as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e o efetivo acesso à atenção e a assistência à saúde em todos os níveis de complexidade”. ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. In: Felipe Asensi e Roseni Pinheiro. (Org.). Direito sanitário. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012. p.11.

⁶ “O princípio da equidade expressa a idéia de justiça social, uma vez que busca reduzir as desigualdades entre os titulares do direito à saúde. Isso significa admitir uma postura de tratar desigualmente os desiguais, investindo mais recursos públicos nas Unidades da Federação em que a carência e as deficiências no sistema público de saúde são maiores”. ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. In: Felipe Asensi e Roseni Pinheiro. (Org.). Direito sanitário. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012. p.11.

⁷ Nesse sentido: "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial – AgR 271286 RS. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Cândida Silveira Saibert e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Porto Alegre, 11 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs-stf>>. Acesso em: 20. abr. 2010.

⁸ “Um dos mais preciosos em termos de demonstrar que a atenção à saúde deve levar em consideração as necessidades específicas de pessoas ou grupo de pessoas, ainda que minorias em relação ao total da população”. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Brasília: MS, 2000. p.44.

⁹ Ver art. 18 da Constituição Federal de 1988.

¹⁰ É o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Agravante: Estado do Paraná. Agravado (s): Ministério Público do Estado do Paraná. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paraná, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 20. abr. 2010.

no Brasil e guiado por cinco princípios basilares: universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular.

A Lei Orgânica de Saúde – LOS, Lei Federal nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990, que cria o SUS, evidencia a natureza do direito fundamental da saúde em seu artigo 2.º, afirmando que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício". A lei do Sistema Único de Saúde (Lei Federal nº 8.080/90), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, constitui, de acordo com seu art. 4º:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. (g.n)

Determina a Lei em comento que “no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS)” está incluída “a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” (art. 6, inciso I, alínea “d”, da LOS). Em seu art. 7º, inciso II, a Lei em questão também define a integridade da assistência, que é “entendida como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

No mesmo ano de criação do SUS foi promulgada a Lei Federal n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. A participação da sociedade civil, em observância ao princípio da participação popular, foi consolidada com a regulamentação dos Conselhos de Saúde e Conferência de Saúde. Tais espaços, conforme Asensi (2012):

Se apresentam como relevantes para a continuidade do processo de garantia e efetivação do direito à saúde, sobretudo porque pressupõem uma horizontalização da relação Estado-sociedade. A participação na esfera da saúde indica que a democracia não se esgota no voto e no procedimento eleitoral, tampouco na mera representação política. Tem-se, assim, a possibilidade de um protagonismo efetivo de atores não estatais no processo de formulação, promoção e fiscalização de políticas públicas de forma constante e perene. Isso

implica reconhecer esses espaços como uma nova forma de inclusão política da sociedade civil no processo deliberativo e decisão na saúde, que constitui um ambiente favorável à participação e à afirmação da cidadania na vida pública. (ASENSI, 2012, p. 5).

São, portanto, evidentes os avanços legislativos no campo da saúde. Observam-se também aperfeiçoamentos teóricos e práticos, como medidas de municipalização da saúde, a criação dos distritos sanitários de referência e o estímulo à participação popular¹¹. No entanto, ainda constitui um dos grandes desafios a implementação dessas conquistas legais. Como afirma Garrafa, deve-se “adicionar ao progresso moral já verificado na legislação um comportamento público comprometido com a população”(GARRAFA, 2004, p.57). Portanto, alguns desafios devem ser enfrentados, e o principal deles é disponibilizar aos indivíduos vulnerados¹² serviços públicos de saúde em consonância com os ditames constitucionais e diretrizes estabelecidas pelo SUS, em especial, a universalidade, a integralidade e a equidade.

Uma das tarefas assumidas pelo Estado moderno foi o cuidado com a saúde das populações por meio da prestação de serviços públicos de saúde¹³. Tal obrigação, na pós-modernidade, segue sem o cumprimento devido.

Por outro lado, a Constituição Federal não define expressamente o que está incluído na garantia de proteção e promoção da saúde. Estabelece apenas, como visto, no art. 196, as

¹¹ Sobre os avanços nos aspectos legislativos do setor de saúde no Brasil, Volnei Garrafa pontua: “Da mesma maneira que a nossa Lei Orgânica de Saúde está assentada sobre os modernos princípios teóricos da descentralização administrativa, da universalização do acesso dos usuários ao sistema prestador de serviços, da equidade e outras, as Conferências Nacionais de Saúde realizadas nos anos 1990 foram aprofundando as discussões e ajustando os avanços teóricos e práticos necessários. Entre esses aspectos, podem ser mencionados os progressos com relação a medidas como a municipalização das ações, a criação dos distritos sanitários de referência, o estímulo à participação popular, não somente na gestão do processo como também na contribuição a elaboração de políticas públicas para o setor”. GARRAFA, Volnei. GARRAFA, Volnei. Reflexões sobre políticas públicas brasileira de saúde à luz da bioética. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABALI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e Saúde Pública. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p.57.

¹² Considerando a classificação proposta por Schramm e Kottow, diferentemente da vulnerabilidade, que, de modo geral, é da ordem do risco de viver, a suscetibilidade e, com mais razão, a vulneração, dizem respeito a situações de fato (BOY; SCHRAMM, 2009). Desse modo, a vulnerabilidade é uma categoria *sui generis*, podendo ser aplicada a qualquer ser vivo. Como visto, os seres humanos, de modo geral, pela sua própria natureza são vulneráveis. A vulnerabilidade que requerer a “proteção” do Estado é aquela que impede o cidadão de ter uma vida considerada satisfatória, por não possuir as capacidades necessárias para tanto.

¹³ “Dessa forma, o Estado providente passa a desempenhar o biopoder, preocupando-se com a vida as pessoas e desenvolvendo ações sanitárias em favor da saúde dos seus integrantes. As intervenções pretendiam proteger os indivíduos e as populações de situações de risco e vulnerabilidade na saúde. Portanto o foco das políticas públicas são sempre grupos vulneráveis, vítimas de situação de risco social, transformados em clientes e conseqüentemente dependentes das ações do Estado”. JUNGES, José Roque. Vulnerabilidade e Saúde: limites e potencialidades das políticas pública. In: BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Org.). Bioética, Vulnerabilidade e Saúde. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007. p.110.

diretrizes a serem observadas para o cumprimento desse direito fundamental¹⁴. De tais princípios, entretanto, extrai-se o dever de os poderes públicos prestarem serviços de saúde que acompanhem a evolução da ciência.

Evidente que o conceito de saúde não é o mesmo em todas as épocas e localidades. Reflete a conjuntura econômica, social, política e cultural de uma sociedade¹⁵. Sua compreensão, inclusive, não é a mesma para todas as comunidades ou pessoas, podendo variar conforme valores individuais, concepções filosóficas, religiosas, classes sociais e progresso científico (SCLIAR, 2007). Nesse sentido, Silva (2004) pontua:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é levado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais. (SILVA, 2004, p. 307).

Ademais, saúde não pode significar apenas a ausência de doenças. É, em seu sentido mais abrangente, de acordo com o relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde, “a resultante das condições de alimentação, habitação, educação renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde¹⁶”.

Interessante a proposta de Garrafa, Oselka e Diniz (2009), quando sinalizam a necessidade de repensar alguns dos pressupostos tradicionais da saúde pública no Brasil. O primeiro e mais importante pressuposto a ser repensado é o do direito à assistência. Os autores reforçam a importância de se considerar o “direito à saúde primeiramente ao direito à assistência”. Isto porque, ao passo em que o direito à saúde está intimamente ligado a questões de justiça social¹⁷, com consequências importantes em razão do seu

¹⁴ Nesse sentido, Ingo W. Sarlet acrescenta: “A Constituição de 1988 alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, tal qual proposta pela OMS, de tal sorte que, para além de uma noção eminentemente curativa, o direito à saúde compreende as dimensões preventiva e promocional, que, no seu conjunto, forma o objeto e a baliza de sua tutela jusfundamental”. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁵ “A saúde não é um conceito abstrato. Defini-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas”. MINISTÉRIO DA SAÚDE. VIII Conferência Nacional de Saúde. 17 a 21 de março de 1986. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁶ VIII Conferência Nacional de Saúde. MINISTÉRIO DA SAÚDE. 17 a 21 de março de 1986. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf>. Acesso em 10 jan. 2013.

¹⁷ Fundamentar a negativa de atendimento na escassez de recursos, ou destiná-los apenas à atenção básica, numa ótica utilitarista, para abranger o máximo de pessoas com o mínimo de desembolso, não é o atendimento à saúde

descumprimento, de outro lado, o não cumprimento do direito à assistência teria menor importância, podendo ser visto apenas como consequência de uma má gestão pública.

Partindo da idéia de que o direito à saúde vem em primeiro lugar, os autores em comento propõem a substituição de sua caracterização de direito social para direito humano. Afirmam o seguinte:

É somente através da exigência do cumprimento do direito à saúde que iremos enfrentar questões como as apontadas pelo relatório acerca da saúde no mundo. Situações como a de extrema pobreza impedem não apenas o cumprimento do direito social e histórico à assistência mas, principalmente, o cumprimento do direito mais fundamental, que é o direito à vida, através de uma de suas exigências primárias, o direito à saúde. (GARRAFA; OSELKA; DINIZ, 2009).

Pessini e Barchifontaine (2007) definem saúde pública nos seguintes termos:

Saúde pública é a arte e a ciência de promover, proteger e restaurar a saúde dos indivíduos e da coletividade, e obter um ambiente saudável por meio de ações e serviços resultantes de esforços organizados e sistematizados da sociedade. Seu objetivo é o processo saúde-doença da coletividade, observados em suas dimensões biológicas, psíquicas e sociocultural. Saúde compreendida como a expressão de maior grau de bem-estar que o indivíduo e a coletividade são capazes de alcançar mediante um equilíbrio existencial dinâmico, mediado por um conjunto de fatores sociais, econômicos, políticos, culturais, ambientais, comportamentais e biológicos. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2007, p. 147).

Para a garantia efetiva do direito à saúde é impende que este Direito seja prestado de forma integral e com qualidade. Isto inclui o fornecimento de serviços que atendam às necessidades reais da população as quais evoluem juntamente com o progresso da sociedade. Assim, é mister o investimento de recursos na capacitação de pessoal, na melhoria dos equipamentos, dentre outras ações que resultem na prestação do serviço público de saúde esperado. Medidas técnicas isoladas ou mesmo políticas públicas que não reflitam os reais anseios, especialmente, dos cidadãos vulnerados, não são suficientes para conferir melhores condições de saúde à população brasileira.

que melhor corresponde à justiça social. Se os recursos são escassos, que sejam focalizados àqueles que realmente necessitam, cujas capacidades os impeçam de supri-las sem a “proteção” do Estado.

Para que avanços políticos se configurem, a sociedade deve estar mais engajada e receptiva às propostas transformadoras que tenham em vista o benefício do coletivo. Nesse processo é fundamental a participação popular qualificada, ou seja, munida de informação, conhecimento, preparo e educação necessários para poder agir de forma consciente, livre das amarras do paternalismo e da ignorância (GARRAFA, 2004, p.58-59).

Não basta apenas conferir direitos. É necessário criar meios que os tornem acessíveis e materializáveis.

Desse modo, a ciência evolui a passos largos e os benefícios que proporciona, especialmente, no campo da saúde, não devem ficar apenas restritos ao alcance daqueles que podem pagar. A saúde deve ser garantida na sua forma integral e isto significa um atendimento gratuito¹⁸, de qualidade e em consonância com os avanços tecnocientíficos¹⁹ da época. Os entraves na implementação do direito à saúde são um desafio a ser enfrentado com o envolvimento de toda sociedade, a partir das reflexões éticas a respeito da alocação dos recursos escassos.

3. Alocação de recursos escassos em saúde e o Poder Judiciário

Não é tarefa fácil implementar políticas públicas em um país como o Brasil, de modernidade tardia²⁰. A falta de vontade política, os recursos escassos, a corrupção, dentre tantos outros motivos, comprometem a execução de políticas públicas voltadas à efetivação das garantias constitucionais, bem como a ampliação daquelas já existentes.

¹⁸ Gratuito no sentido de prestado sem contrapartida financeira imediata, uma vez que é custeado por meio do pagamento de tributos, pago, portanto, por todos os contribuintes.

¹⁹ O termo tecnocientífico (tecnociência) utilizado no trabalho é entendido como a associação da ciência à tecnologia, produzindo avanços no campo da medicina. Ver em: PELLEGRINO, Edmundo; BERNARD, Jean. Progresso Tecnocientífico, medicina e Humanização. In PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais de bioética. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2007. Também em: LYOTARD, Jean François. O pós-moderno explicado às crianças. 2 ed. Lisboa: Dom Quixote, 1993.

²⁰ Como bem pontuado por Lênio Luiz Streck, "No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade*. Como muito bem assinala Eric Hobsbawm, o Brasil é "um monumento à negligência social", ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se em reduzir as desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo) liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra o neoliberalismo pós-moderno*". E, afirma mais adiante: "É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. *As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza*". Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 23-24.

Apenas declarar direitos, que não são concretizados da forma prevista, não é suficiente. Torna-se necessário que, juntamente com a declaração e previsão de garantias, haja uma real efetivação.

A saúde, assim como a educação, possui receita constitucionalmente vinculada. A destinação prévia de verbas em tais áreas se deve ao elevado patamar de relevância do qual se revestem, estando a sociedade cada vez mais consciente dos seus direitos, exigindo que sejam prestados da forma devida.

A população, com maior acesso às informações, especialmente por meio da mídia, tem ciência dos novos procedimentos e técnicas nas áreas de saúde, bem como dos medicamentos mais eficazes no tratamento de doenças graves, requerendo do Estado o acesso às novas tecnologias. A possibilidade de mudança de sexo²¹, os tratamentos de procriação assistida, os medicamentos mais eficazes e de alto custo e os tratamentos por meio de células-tronco são exemplos dos avanços tecnocientíficos na área da saúde que também se tornam desejados pelas camadas menos favorecidas da sociedade, passando, evidentemente, a constituir “objeto de consumo”.

Importa destacar que não é qualquer avanço científico que deve ser incorporado ao serviço público de saúde. Devem existir, também em relação a esse aspecto, critérios que reflitam os reais anseios da sociedade. Não se pode negar que parte significativa das tecnologias médicas tem trazido resultados relevantes, como produtos imunobiológicos, medicamentos e procedimentos cirúrgicos avançados.

Em decorrência da precarização dos direitos sociais e econômicos, por vezes, se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, havendo, nesses casos, um deslocamento da legitimidade do Poder Executivo. Disso resulta o crescente aumento por demandas judiciais buscando com que direitos sociais, como a saúde, sejam efetivados (LIMBERGER; SOARES, 2010, p. 50-63).

Doutrinadores do gabarito do professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luis Roberto Barroso, vêm sistematizando a questão e apresentando soluções para minimizar a judicialização²² excessiva do direito à saúde, em especial quando se trata do fornecimento de tecnologias médicas avançadas de alto custo. A questão foi, inclusive, submetida à

²¹ O Sistema Único de Saúde – SUS já oferece processo transexualizador. Ver: BRASIL. Resolução Federal do Conselho de Medicina nº 1.955, de 12 de agosto de 2010. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, D.F, n. 232, 2 dez. 2002. Seção 1, p.80/81. Sobre a terapia para mudança de sexo ver em: SILVA, Miriam Ventura da Silva. Transexualismo e Respeito à Autonomia: um estudo bioético dos aspectos jurídicos e de saúde da “terapia para mudança de sexo”. Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2007.

²² Sobre ativismo judicial ver: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 11 nov. 2011.

apreciação do Supremo Tribunal Federal, resultando numa mudança de paradigma nas decisões dessa corte.

Os problemas relacionados à escassez de recursos na saúde ficaram mais evidentes com a descoberta da terrível doença AIDS (JUNGES, 2007). As demandas judiciais relacionadas à saúde, como se pode depreender da análise das decisões dos tribunais brasileiros, têm como pedido a obtenção de serviços de saúde para doenças, além da AIDS, como o câncer, diabetes e outros tipos de patologias raras, com tratamentos prolongados e/ou de custo elevado. Ainda não se tomou conhecimento de pleitos relacionados às chamadas doenças da miséria, tais como a febre amarela, malária e cólera.

Falar em escassez de recursos²³ em saúde significa afirmar que não é possível satisfazer a todas as necessidades médicas de todos²⁴. Ademais, a escassez de recursos não é uma realidade presenciada apenas em países em desenvolvimento. Nações como os Estados Unidos também enfrentam a questão e têm lidado com o conseqüente problema da judicialização do direito à saúde²⁵.

A respeito da escassez de recursos, Amaral (2010) questiona:

Se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognóstico de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salva por cada mil reais gasto, p. ex.)? *Quem consegue primeiro liminar?* Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de

²³ “A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preferidos. O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do poder judiciário, a tutela de seus direitos, e esse Poder teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar essa tarefa”. Ver em: WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, custos do direito e reserva do possível na jurisprudência do STF. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 fev. 2011.

²⁴ “No Brasil estimou-se que, em 2000, 70 milhões de pessoas não tinham acesso a medicamentos, o que corresponde a, aproximadamente, 41% da população brasileira daquele ano. Este é um dos principais desafios para o sistema público de saúde.” VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paula. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Revista Saúde Pública, São Paulo, v.41, n.2, p. 214 – 222, 2007. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2010.

²⁵ Luiz Roberto BARROSO salienta que: “Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. O ano de 2008 não foi diferente. A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 11 nov. 2011.

escolha, uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender uma situação e não outra. (AMARAL, 2010, p. 17).

A ineficiência do sistema público de saúde é flagrante nas situações em que as políticas públicas correspondentes são implementadas em razão da imposição de medidas judiciais. Apesar da judicialização excessiva desse direito comprometer, à primeira vista, a continuidade das políticas públicas existentes, constitui medida necessária e legítima diante da inoperância dos poderes públicos. Essa é, inclusive, a indicação do comando do artigo 196 da Constituição Federal.

Sobre o ponto crucial do debate a respeito da judicialização excessiva, Barroso (2008) afirma:

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução judicialmente fácil nem moralmente simples nessa questão. (BARROSO, 2008).

Entende Amaral (2010, p. 151) que, no campo da saúde, a escassez, em maior ou menor grau, é uma característica implacável. É necessário, para a compreensão do impasse, separar a interpretação da aplicação do Direito. Aduz que “A questão da escassez tem papel mais relevante na *aplicação* do direito do que na especificação do seu conteúdo sem ser em vista de um caso concreto”

Correta a posição de Barroso (2007) quando afirma que é dificilmente defensável um direito “absoluto” à saúde. O tratamento médico adequado deve estar fundamentado em critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos, que têm como melhor sede o orçamento público (AMARAL, 2010. p.181)

O direito à saúde deve ser efetivado, preferencialmente, por meio de políticas públicas e como tal deve ser controlado (AMARAL, 2010, p. 181). Para tanto, o Estado deve ter uma postura mais ativa, não apenas para estabelecer critérios de escolhas, “mas tornando-os conhecidos e abertos para debate com a sociedade”. Portanto, pondera Amaral:

Na aplicação é preciso ter em consideração o *caso concreto*. Ele inclui não apenas a necessidade relativa àqueles indicados ou referidos na demanda, mas também os resultados que razoavelmente se pode esperar (1) da enunciação como *regra* de que todos os casos com as mesmas características devem ser ou não atendido e (2) da indisponibilidade dos meios utilizados para atender aos beneficiados pelo pedido para atender a outros. O órgão que foi para um não vai para outro, o remédio que um recebeu o outro não toma, construído o centro de referência para queimados, os tuberculosos ali não serão atendidos. (AMARAL, 2010, p. 183).

Como já sinalizado, a efetividade dos direitos é um dos desafios enfrentados pelos operadores jurídicos na pós-modernidade. Apesar da Constituição Federal de 1988 ter inovado na ordem jurídica, incorporando conceitos como liberdade, solidariedade, democracia e tantos outros, isto não garante, por si só, o fiel cumprimento das garantias ali previstas. Questões estruturais, orçamentárias e éticas dos governantes, entre tantas outras, têm servido de justificativa para a não efetividade de regramentos constitucionais.

O princípio da reserva do possível é muitas vezes utilizado como artifício para o Poder Público se esquivar do cumprimento de decisões judiciais determinando a prestação de serviços em saúde. Em verdade, sabe-se que existe previsão orçamentária para os gastos que não estão orçados e que surjam em virtude de eventualidade. Os gastos emergenciais, especialmente aqueles decorrentes de problemas relacionados à saúde, devem ser suportados pelo Estado. Já é pacífico o entendimento exarado pelos tribunais pátrios no sentido de que a fruição de direitos fundamentais, a exemplo da saúde, não pode estar condicionada ao planejamento orçamentário²⁶.

A respeito da possibilidade de intervenção judicial no remanejamento de recursos públicos, Cunha Junior (2004, p. 318), tratando das omissões do Poder Público, entende ser possível que o Poder Judiciário, na atividade do controle das omissões do Poder Público, determine a alocação de recursos públicos para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de sobrevivência. Afirma o seguinte:

Os problemas de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” do Estado

²⁶ Conforme entendimento do STF, manifestado em voto do Ministro Celso de Mello: “[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito inclinável à vida e à saúde humana”. STF – Pet 1246 MC/SC, Min. Celso de Mello (DJ 13/02/1997).

significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte e uma desmedida contradição do modelo do Estado do Bem Estar Social. (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 318).

É evidente que a ausência ou insuficiência de previsão orçamentária não devem servir de justificativa para o não cumprimento efetivo das prestações constitucionalmente devidas pelo Poder Público. Nesse diapasão, está o Poder Judiciário autorizado a determinar a destinação de verbas para o fornecimento dos meios indispensáveis à manutenção da vida e dignidade daqueles que não podem arcar com os custos do tratamento.

Sobre a possibilidade de controle judicial de políticas públicas como maneira de efetivar os direitos sociais, assevera com autoridade o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade²⁷.

Diante, portanto, da ineficiência do Poder Público na execução de políticas públicas de saúde, é legítima a atuação do juiz diante de situações em que a vida e o bem estar de um paciente vulnerado dependam da “proteção” do Estado. É preciso, no entanto, o estabelecimento de critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos, com a efetiva participação popular nesse mister.

Nesse passo, cumpre trazer à baila, a título de exemplo, entre políticas públicas que já contemplam o fornecimento de serviços médicos de tecnologia avançada, a política de dispersão de medicamentos excepcionais.

4. Política Pública de fornecimento de medicamentos de alto custo e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45, Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". 24 de abril de 2004. Lex: Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

Consideram-se medicamentos excepcionais, conforme definição do Programa de Medicamentos Excepcionais do Governo Federal (item 7, da Portaria MS3.916/98), aqueles de elevado valor unitário, ou que, pela cronicidade do tratamento, tornam-se excessivamente caros para serem suportados pela população. Esta política tem enorme alcance em todas as classes sociais, uma vez que, se não fossem distribuídos gratuitamente, tais medicamentos seriam acessíveis a poucas pessoas em função do seu alto custo.

Os medicamentos considerados excepcionais pela União estão descritos no GRUPO 36 da Tabela SAI/SUS, anexa à Portaria GM/MS n. 1.318, de 23 de julho de 2002²⁸. A Norma Operacional da Assistência à Saúde - NOAS (Portaria GM n. 373/2002), prevê em seu item 57, alínea “g”, que é de responsabilidade dos Estados-membros a gestão das atividades referentes a medicamentos excepcionais, de modo que atualmente a aquisição e dispersão desses medicamentos têm sido realizadas pelos Estados.

Os Poderes Legislativo e Executivo, portanto, não se encontram totalmente inertes ou omissos, pelo menos do ponto de vista legislativo, no que toca ao fornecimento de medicamento. Outrossim, algumas políticas públicas, já vêm sendo implementadas, no sentido de repartir os benefícios dos avanços científicos na medicina. Ainda que não se tenha atingido o patamar ideal, são prestadas hoje intervenções cirúrgicas como as de transplante de órgãos, terapia de sexo, bariátrica, além do tratamento de câncer e o fornecimento de medicamentos de alto custo ofertados pelo Sistema Único de Saúde.

Nem a Lei nem a Constituição, em matéria de fornecimento de medicamentos, definiu critérios para a repartição de competências entre os entes federativos. Aqueles são esboçados em diferentes atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo a Portaria n.º 3916/98²⁹, do Ministério da Saúde, o principal deles. A Portaria MS n.º 3.916/98, em referência, dispõe sobre a aprovação da Política Nacional de Medicamentos.

A Carta Magna, em seu artigo 23, inciso II, estabelece de forma clara e expressa a competência comum da União, Estados e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde. A competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde é concorrente entre as três esferas de poder. À União cabe estabelecer normas gerais, aos Estados, suplementar a legislação federal, e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Referente ao aspecto

²⁸ BRASIL. Portaria n.º 1.318, de 23 de julho de 2002. Dispõe sobre medicamentos excepcionais. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1318.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

²⁹ BRASIL. Portaria n.º 3916, de 30 de outubro de 1998. Dispõe sobre a política nacional de medicamento. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude/portarias/portaria_MS_3.916.1998http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 12 jun. 2012.

administrativo, a competência é comum, logo, os três entes podem formular e executar políticas de saúde (BARROSO, 2007).

Exsurge a premência da cooperação entre as esferas de governo, tendo em vista que, apesar da competência comum para formular e executar políticas públicas, não deve haver uma superposição entre a atuação de cada ente sempre visando a melhor forma de cumprimento dos mandamentos constitucionais e efetivação das políticas públicas.

A Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91³⁰, julgada pela Ministra Ellen Gracie, foi a primeira a reconhecer a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido. O fundamento principal do julgado em questão foi o da limitação de recursos e da necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Entendeu-se que o deferimento de decisões sem um critério definido compromete o já abalado sistema de saúde pública, devendo esta ser implementada de forma a buscar maior racionalização entre os custos e os benefícios dos tratamentos gratuitos fornecidos, buscando atingir o maior número possível de pessoas.

Em 17 de março de 2010, o Plenário do STJ, em julgamento conjunto de processos diversos³¹, entendeu que naqueles casos os usuários deveriam ser atendidos em seus pedidos de fornecimento de medicamentos. Logo, a mudança de paradigma nas decisões do STF, a partir do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º91, não significou um indicativo de indeferimento de todos os pleitos daquela natureza.

Com fundamento nas decisões anteriores da Corte e pelas experiências e dados obtidos com a realização da Audiência Pública – Saúde³², com a participação de segmentos diversos da sociedade, o Ministro Gilmar Mendes balizou seu voto especialmente na premissa de que cada caso deve ser analisado conforme suas especificidades, e avaliados, especialmente, os critérios de necessidade. O Ministro considerou que a escassez de recursos (teoria da reserva do possível) não pode ser o único argumento do poder público para negar as solicitações de ações de saúde que lhe sejam dirigidas. Em resumo, estabeleceu os seguintes “critérios”: A) Quando o pedido judicial versar sobre o que já esteja contido em política pública há que se decidir por seu deferimento; B) Não havendo definição de política pública

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

³¹ O Plenário do STJ decidiu os seguintes recursos: Suspensões de Tutela (STA) n.º175, 211 e 278; Suspensões de Segurança n.º3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e a Suspensão de Liminar – SL n.º47, todas referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo e tratamento a pacientes de doenças graves que recorreram ao Poder Judiciário.

³² Audiência Pública – Saúde realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

capaz de abarcar o pleito, o STF propugnou a necessidade de distinguir a razão de sua inexistência, enumerando três possibilidades.

A primeira diz respeito à omissão legislativa ou administrativa. Nesta situação, é importante observar se: a) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinados pacientes: um medicamento ou tratamento em desconformidade com o protocolo já definido deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente, com fundamento na medicina baseada em evidências; b) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia: não é possível obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer prestação de saúde existente, uma vez que geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, prejudicando aos demais beneficiados.

Em relação a tratamentos novos, o Ministro Gilmar Mendes indicou a necessidade de cuidado na apreciação do pedido feito ao Poder Judiciário. Nesses casos, mister farta produção de provas. A inexistência de protocolo clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários das redes públicas e as disponíveis àqueles da rede privada. Por isso, entende que a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.

A segunda possibilidade se refere à decisão administrativa de não fornecer a ação de saúde. Nesta situação, o STF reconheceu a adoção da linha da medicina baseada em evidências pelo SUS. Determinou também que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento da opção diversa escolhida pelo paciente. Entretanto, ressaltou os casos em que o paciente consiga comprovar a ineficácia do que lhe é oferecido pelo SUS.

Em terceiro lugar, refere-se à proibição legal ao fornecimento. Nos casos em que a lei proíbe que a administração adquira e dispense o medicamento, o STF chegou ao entendimento de que não é possível adquirir fármaco sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e que os registros são garantias à saúde pública. Afirma, inclusive, que as exceções são previstas em lei e se referem àqueles medicamentos adquiridos por organismos multilaterais internacionais.

O Ministro Gilmar Mendes diferencia os tratamentos experimentais daqueles que ainda não foram testados pelo SUS. Sobre os tratamentos experimentais, salientou que o Estado brasileiro não pode ser condenado a fornecê-los, cabendo tal mister aos laboratórios que financiam as pesquisas, ainda que já concluídas.

No julgado em comento, o Ministro Gilmar Mendes também destacou a necessidade de consistente produção de provas na instrução das demandas de saúde, de modo a coibir a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças. Ademais, não coaduna com o argumento, reiteradamente utilizado pelos entes federativos para a negativa dos pedidos, consistente no suposto respeito ao princípio da separação de poderes. Para o STF, não há qualquer violação à separação de poderes quando o Poder Judiciário decide sobre o fornecimento de prestação de saúde. Pontua o citado Ministro que, em matéria de direito à saúde, a responsabilidade dos entes é solidária. Entretanto, no desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte de todos.

Acrescente-se que está pendente de julgamento proposta de Súmula Vinculante de nº. 4, que trata da distribuição de competências dos entes federativos na área da saúde. Nesta proposta, o Defensor Público Geral da União advoga a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios no fornecimento de medicamentos e tratamento médico a pacientes carentes, quando comprovada a necessidade, tornando inválida a alegação de ilegitimidade passiva por parte de pessoas de Direito Público³³.

5. Conclusão

São evidentes os benefícios resultantes da interação entre ciência e tecnologia, especialmente, no âmbito médico. A ciência realmente pode, e deve, proporcionar alento, qualidade de vida e dignidade aos seres humanos. A modernidade, no entanto, entre as inúmeras promessas não cumpridas, não criou os meios necessários para que esse “progresso” fosse efetivamente compartilhado democraticamente. Restaram para a pós-modernidade as mazelas de uma sociedade excludente, individualista e que caminha ao sabor das frustrações, incômodos, incertezas e inquietações da vida contemporânea.

É extremamente importante pensar em critérios de acesso para serviços de saúde que, em função do alto custo, não estão disponíveis para parcela significativa da população, alijada de diagnósticos e terapêuticas médicas avançadas. Não é qualquer avanço científico que deve ser incorporado ao serviço público de saúde. Devem ser estabelecidos parâmetros

³³ Ver em: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101383&caixaBusca=N>>. Acessado em 10. Nov. 2010.

que reflitam os reais anseios da sociedade, devendo ocorrer com freqüência a avaliação tecnológica, a fim de que os investimentos públicos sejam direcionados com eficiência.

O Poder Judiciário age corretamente ao implementar políticas públicas, de conformidade com as determinações constitucionais, em razão da ineficiência da prestação dos serviços de saúde. Tal situação, entretanto, somente pode ser admitida de forma transitória. É preciso refletir sobre mecanismos de repartição, de compartilhamento dos sucessos que efetivamente produzam resultados positivos no campo da saúde, a fim não perdurar um problema ainda maior, no tocante à alocação não planejada ou mal direcionada.

A saúde é um direito humano fundamental e deve ser prestada pelo Estado em consonância com os princípios da universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular. Tratando-se de tecnologias médicas avançadas, que exigem maiores investimentos, impende que os serviços públicos de saúde sejam prestados tendo em vista critérios claros e sindicáveis, estabelecidos com a participação popular e tendo em vista a satisfação, em especial, daqueles indivíduos vulnerados. Uma vez que o Estado não preste os serviços de atenção em saúde da forma devida, é legítima a atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas adequadas.

Referências

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. In: Felipe Asensi e Roseni Pinheiro. (Org.). Direito sanitário. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 11. nov. 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Revista Sequência, Santa Catarina, v. 52, p. 131-152, 2009. Disponível em: < <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:FXaFITVnqrYJ:periodicos.ufsc.br/index.php/s>

equencia/article/download/14951/13642+&hl=pt&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESjHNkP_O4yaLJzkH_uXX2Tc8jAMWfky2Yi3X0LoFNB7xyk8v_jhE-RqrWxxPmRS0yXtBd0Ly8-SM5EvrIboQCQKuMmueu5XvIX_a1AzAJK1LmoQAHTmbMw2MnAT_6saO363wK&sig=AHIEtbT5McR-P8i1Eb1HwxYnPOblNT7Eyg>. Acesso em: 10. mai. 2010.

BRASIL. Portaria n.º3916, de 30 de outubro de 1998. Dispõe sobre a política nacional de medicamento. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em 08 jan. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 45, Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". 24 de abril de 2004. *Lex: Jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Brasília: MS, 2000. 41 p.

BRASIL. Portaria n.º 1.318, de 23 de julho de 2002. Dispõe sobre medicamentos excepcionais. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1318.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

BRASIL. Código de Ética Médica: legislação dos Conselhos de Medicina. 15. ed. Rio de Janeiro: CREMERJ, 2005.

BRASIL: Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Brasília: MS, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial – AgR 271286 RS. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Cândida Silveira Saibert e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Porto Alegre, 11 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs-stf>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARRAFA, Volnei; OSELKA, G; DINIZ, Débora. Saúde Pública, Bioética e Equidade. Revista Bioética, Brasília, v.5, n.1, nov. 2009. Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/361/462>. Acesso em: 05 jan. 2013.

GARRAFA, Volnei. Reflexões sobre políticas públicas brasileira de saúde à luz da bioética. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABALI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e Saúde Pública. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GARRAFA, Volnei e PESINI, Leocir (Org.). Bioética: São Paulo: Loyola, 2003a.

GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). Bioética: poder e injustiça. São Paulo: Loyola, 2003b.

GARRAFA, Volnei. Ciência, progresso e exclusão. Jornal da Ciência, São Paulo, 08 de Maio de 2003c. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=9621>>. Acesso em: 10 maio. 2009.

JUNGES, José Roque. Direito à saúde, biopoder e bioética. Interface (Botucatu), Botucatu, v. 13, n. 29, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832009000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 jan. 2011.

JUNGES, José Roque. Vulnerabilidade e Saúde: limites e potencialidades das políticas públicas. In: BARCHIFONTAINE, Christian Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Org.). Bioética, Vulnerabilidade e Saúde. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007.

JUNGES, José Roque. Bioética – Hermenêutica e casuística. São Paulo: Edições Loyola. 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e Biotecnologia. São Paulo, RT, 2005.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Carta da ONU (1945). Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>. Acesso em: 24 jun. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 29 dez. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm>. Acesso em: 24 jun. 2009.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian Paul de (Org.). Problemas atuais de bioética. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 12 fev. 2011.

SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética de proteção é pertinente e legítima? Revista Bioética, Brasília, v.19, n.3, dez. 2011. Disponível em:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/673>. Acesso em: 03 mar. 2012.

SCHRAMM, Roland Schramm. Bioética, economia e saúde: direito à assistência, justiça social, alocação de recursos: In: Revista Brasileira de Cancerologia, Brasília, v. 46, n.1, jan.fev.mar. 2000.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. Revista Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 17, n.1, p. 29-41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 10 jan.2013.

SEN, Amartya. ¿Por qué la equidad en salud?. Rev Panam Salud Publica, Washington, v. 11, n. 5-6, jun. 2002. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S1020-49892002000500005>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paula. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Revista Saúde Pública, São Paulo, v.41, n.2, p. 214 – 222, 2007. Disponível em: < <http://www.scielosp.org/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, custos do direito e reserva do possível na jurisprudência do STF. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 fev. 2011.

WEICHER, Marlon Alberto. Saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In ROCHA, Carlos Carvalho; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Orgs). Ação civil pública: 20 anos da Lei n.º7.347/85. Belo Horizonte, 2005.