

ACESSO UNIVERSAL E GRATUITO À SAÚDE E O JULGAMENTO DO RE 566.471/RN

UNIVERSAL AND FREE ACCESS TO HEALTH AND JUDGMENT OF EXTRAORDINARY APPEAL
566.471 / RN

Luiz Felipe Ferreira dos Santos

Advogado
Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos
pelo Centro Universitário de Bauru - ITE
Sócio do Escritório Ferreira & Novaes Sociedade de Advogados

luizfelipe@sfmn.com.br

Bruno Oliveira Pinheiro

Advogado
Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos
pelo Centro Universitário de Bauru - ITE
Associado do Escritório Ferreira & Novaes Sociedade de Advogados

bruno@sfmn.com.br

RESUMO

Objetiva-se com o presente estudo refletir sobre o direito fundamental à saúde e sua aplicação via Sistema Único de Saúde. Em meio à essa análise, está em pauta o julgamento do Recurso Extraordinário, com repercussão geral, de número 566.471/RN, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio Melo adiantou seu voto. O julgamento está suspenso em razão de pedido de vista. Entrementes, a posição que será adotada pelo Supremo Tribunal Federal será paradigmática e de observância pelos tribunais, razão pela qual o tema merece atenção especial.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Sistema Único de Saúde. Recurso Extraordinário nº. 566.471/RN.

ABSTRACT

This study aims at reflecting on the fundamental right to health and application through the Unified Health System. In the midst of this analysis, the judgment of the Extraordinary Appeal, with general repercussion of number 566.471 / RN, in the Which the rapporteur, Minister Marco Aurelio de Melo, voted in advance. The trial is suspended due to a request for hearing. Meanwhile, the position that will be adopted by the Federal Supreme Court will be paradigmatic and of observance by the courts, reason why the subject deserves special attention.

Keywords: Right to health. Dignity of human being. Unified Health System. Extraordinary Appeal n. 566,471/RN.

Data de submissão: 12/02/2018

Data de submissão: 13/07/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS VALORES FUNDAMENTAIS 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À SAÚDE 3. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 3.1 A judicialização do direito à saúde 3.2 O Superado argumento da reserva do possível e a saúde *versus* a saúde 3.3 Acesso Universal ou seletivo e o julgamento do RE 566.471/RN. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reinstituíu no Brasil o Estado Democrático de Direito, de modo a garantir e tutelar os chamados direitos fundamentais do homem. Nesse particular, o termo Democrático possui o chamado “núcleo essencial” de modo a obrigar que o Estado se empenhe em “assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais.”¹

Nessa perspectiva, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, preceitua como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Ainda, no artigo 6º, preceitua como fundamental o direito à saúde. Não bastasse, o direito à saúde também possui tratamento na Seção II, do Capítulo II, do título VIII, da Constituição Federal. Relevante é mencionar que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde.

Observa-se preocupação especial do constituinte com relação à saúde, impondo responsabilidades ao Estado para sua garantia e concretização. Ocorre que o acesso à saúde, atualmente, encontra-se muito aquém do objetivado pelo constituinte, razão pela qual se potencializam ações judiciais com objetivo de concretização dos direitos assegurados pela Lei Fundamental.

Estão em pauta, no Supremo Tribunal Federal, ações em que se discutem a obrigação do Estado de concretizar os direitos relacionados à saúde e assegurados pela Lei Fundamental. Merece destaque e estudo o Recurso Extraordinário de nº. 566.471/RN, no qual se discute o dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave.

Assim, o presente estudo abordará as questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, bem como a existência (ou não) da mitigação do princípio da universalidade do Sistema Único de Saúde.

¹ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**, 2009. p. 171

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS VALORES FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 traz em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Com a promulgação do texto constitucional, a soberania transfere-se do povo à Constituição, na forma de competências, de modo que a soberania passa a ser conteúdo da competência dos órgãos do Estado. Com efeito, os órgãos passam a exercer parte do poder emanado do povo e materializado na Constituição, segundo critérios jurídicos, e não mais como exercício de força, crença religiosa, tradição e secularidade, como se verificava em outros sistemas.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito Brasileiro, podemos indicar a cidadania e dignidade da pessoa humana, previstos no artigo 1º, incisos II e III da Carta Magna, onde se verifica o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais revelam um elemento fundamental para a consecução de um Estado Democrático de Direito, eis que se qualificam como vetores para a concretização de uma ordem democrática.

Com efeito, é certo que legalidade, direitos fundamentais e democracia são conceitos inseparáveis, independentes no processo de efetividade das normas constitucionais. Ao tratar do tema, afirma Marcelo Neves:

Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram qualquer garantia de realização, pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e de igualdade, inerentes, respectivamente ao Estado de direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais caracteriza-se como ditadura na maioria.²

De fato, em um Estado Democrático de Direito a lei figura como um instrumento

² NEVES, M. **Transconstitucionalismo**, 2009. p. 51.

de realização do direitos fundamentais, pressupondo a distribuição de competências, efetivação de direitos e liberdades fundamentais.

De tal maneira, depreende-se da Constituição Federal a previsão de normas que consagram a proteção da dignidade humana como base de fundamentação dos direitos e limitação dos poderes, configurando-se um Estado democrático de Direito, cuja interpretação deverá levar em conta todos os valores que o conformam.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À SAÚDE

A dignidade da pessoa humana foi alçada, pelo constituinte originário, como fundamento do Estado Democrático de Direito, de forma a ser observado sempre e a todo o momento. No que se refere à origem e evolução da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso disserta:

Em uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado Liberal, a dignidade – *dignitas* – era um conceito associado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. [...] Até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos. De fato, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ela estava entrelaçada com ocupações e posições públicas. [...] o entendimento atual de dignidade humana possui origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos, sendo talvez quase tão antigo quanto o anterior. A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.³

A dignidade da pessoa humana possui definição totalmente aberta. Inexiste um conceito puro e acabado de dignidade da pessoa humana. Como exposto acima, sua evolução passa pela origem em Roma, modificando-se e aprimorando-se até os dias atuais, passando por valores religiosos e intrínsecos aos seres humanos.

Percebe-se que a dignidade da pessoa humana relaciona-se com os valores intrínsecos do ser humano, de modo que, nos ensinamentos de André de Carvalho Ramos:

³ BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, 2016. p. 13-14.

A raiz da palavra ‘dignidade’ vem de *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importância. Para Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem dignidade. [...] Nessa linha, a dignidade da pessoa humana consiste em que cada indivíduo é um fim em si mesmo, como autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço.⁴

Verifica-se na lição acima um paralelo entre dignidade e a honra ou importância, sendo a dignidade um valor que não possui equivalente, notadamente econômico, isto é, a dignidade relaciona-se com a natureza do ser humano.

Cláudio José Amaral Bahia e Ana Carolina Peduti Abujamra entendem que na ordem jurídico-constitucional o direito à saúde possui aceção formal e material, sendo que a material:

[...] encontra-se ligada à sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, pois não pode haver vida digna sem saúde. Uma questão de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Portanto, é necessário interpretar os direitos sociais de maneira a reconhecer-lhes o conteúdo material que a Constituição confere aos direitos e garantias individuais.⁵

Como se observa, a saúde está estritamente ligada à dignidade, posto que não há vida digna sem que o ser humano possa gozar de plena saúde. De igual modo, percebe-se que o direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida e propriamente à dignidade, o que nos leva à conclusão de que ao concretizar uma prestação à saúde, estar-se-á materializando o próprio direito à vida, e por consequência, à garantia de dignidade do ser humano.

3. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

⁴ RAMOS, A. C. de. **Curso de Direitos Humanos**, 2014. p. 69.

⁵ BAHIA, C. J. A.; ABUJAMRA, A. C. P. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Org. NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. de A. In: **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. Direito Fundamental à Saúde. Atividades de prestação de serviços médicos e de saúde: Serviços Médicos. Serviços Hospitalares. Risco. Meio Ambiente, 2010. p. 94.

A Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles os direitos sociais, em seu artigo 6º, elenca a saúde como direito social e, no artigo 196, preceitua:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁶

A norma constitucional prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. Ademais, o tipo constitucional impõe o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Júnior, ao tratarem do tema, doutrinam:

O art. 6º da Constituição Federal indicou a saúde como um direito social incluindo-o, portanto, no rol dos chamados Direitos Fundamentais. Na verdade, o direito à saúde constitui um desdobramento do próprio direito à vida. Logo, por evidente, não poderia deixar de ser considerado como um direito fundamental do indivíduo. Nesse sentido, o art. 196 prescreve que a saúde é direito de todos e um dever do Estado, criando, por assim dizer, um direito subjetivo público de atenção à saúde, cuja tutela tanto pode dar-se pela via coletiva como pela individual.⁷

Os autores tratam o direito à saúde como desdobramento do direito à vida, notadamente em razão de que essa pode ser ceifada no caso de ausência daquela. Aduzem ainda ser dever do Estado garantir o direito subjetivo à saúde, que pode ser buscado judicialmente, seja em ações coletivas ou individuais.

Ainda, é oportuno destacar as lições de Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Júnior com relação ao princípio do acesso universal, que será objeto de análise mais profícua no item 4.3:

O princípio do acesso universal traduz que os recursos e ações na área da saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas.

⁶ BRASIL. Constituição Federal. Planalto.

⁷ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**, 2016, p. 584.

[...]

O Sistema Único de Saúde rege-se por três princípios cardiais: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade.⁸

Extraí-se da doutrina apresentada pontos nodais do Sistema Único de Saúde que guardam relação ao objeto do presente estudo, isto é, a universalidade, a descentralização e a participação da comunidade.

No que tange à descentralização, tem-se que os três entes federativos possuem responsabilidades e autonomias relacionadas à gestão e aplicação das políticas públicas para a concretização do acesso à saúde. Em termos de legislação infraconstitucional, a descentralização fica evidente. A Lei n.º. 8.080/90, que pode ser chamada de Lei Mãe, disciplina sobre “as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.”⁹

A descentralização torna-se evidente na medida em que a Lei n.º. 8.080/90 prevê que a direção do Sistema Único de Saúde será exercida, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde e, no âmbito dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, pelas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes.

Com efeito, os entes federativos devem dialogar, razão pela qual a referida lei criou as comissões intergestoras, bipartite e tripartite, bem como os conselhos de secretários de saúde.

A universalidade do sistema estaria relacionada ao fato de que o Sistema Único de Saúde não avalia cor, raça, credo, classe social, opinião política, profissão, nacionalidade, ou seja, o atendimento é voltado para o ser humano.

A participação da comunidade também é externada pela Lei n.º. 8.080/90, que prevê a possibilidade de atuação de instituições de ensino superior, entre outros. Destarte, a promoção da saúde é interesse de toda a sociedade.

3.1 A judicialização do direito à saúde

⁸ Ob. Cit. p. 584-585.

⁹ BRASIL. Lei n.º. 8.080/90. Planalto. Portal *online*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 13 jun. 17.

Assim como diversos outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o direito à saúde não é efetivado pelo Estado na extensão prevista pelo constituinte originário. O sistema público de saúde sofre, assim como o Brasil em termos gerais, por diversos fatores, dentre eles a má gestão e a corrupção.

Não se imagina que a gestão do Sistema Único de Saúde seja algo simples; ao revés, a complexidade na gerência do sistema é providência da mais alta complexidade, motivo pelo qual a descentralização e atuação conjunta devem ser empreendidas e potencializadas.

Fato é que ações objetivando a concessão de medicamentos ou procedimentos cirúrgicos, isto é, ações com objetivo de concretizar o direito à saúde e, conseqüentemente à vida e à dignidade, crescem exponencialmente no Poder Judiciário, que, por seu turno, cria mecanismos a fim de dar vazão às demandas distribuídas diariamente.

A título de exemplo, em 2015, a justiça em números mostrou 815.696 casos de ações judiciais, em primeira e segunda instância, discutindo o direito à saúde¹⁰ – nos números apresentados estão também demandas relacionadas aos planos e convênios de saúde.

Com efeito, as demandas objetivando o fornecimento de medicamentos e cirurgias, em geral, são de alta complexidade, pois exigem conhecimentos específicos da área médica, que foge ao conhecimento do julgador. A prática demonstra que para julgar as ações dessa natureza, deve o Juízo valer-se de conhecimentos específicos. Nesse cenário, os auxiliares da justiça ganham relevância, porquanto que auxiliam a solução da questão.

O Conselho Nacional de Justiça, atento à essa realidade, em 30 de maio 2010, editou a recomendação número 31, que sugere aos tribunais “a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.”¹¹ Dentre as providências, sugestionou que os tribunais criem convênios para apoio técnico, compostos por médicos e farmacêuticos.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Conselho Nacional de Justiça. Portal. *Online*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 jun. 17.

¹¹ BRASIL. BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n.º. 31. Portal. *Online*.. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por exemplo, criou o **Núcleo de Apoio Técnico - NAT**, que tem por finalidade “assessorar o Poder Judiciário Estadual, com informações técnicas, nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações e demais tratamentos em face do Sistema Único de Saúde (SUS).”¹²

Ocorre que, mesmo com auxílio, a judicialização da saúde acaba por onerar os cofres públicos, o que guarda estrita relação com a gestão, notadamente em razão de que ao realizar uma compra específica, para atender um caso pontual, o gasto do Poder Público é substancialmente maior.

Notório é o fato de que, ao se realizar uma aquisição maior, o poder de barganha é superior do que quando se realiza uma compra específica. Assim, socorre-se o Poder Público do que se convencionou chamar de reserva do possível, a seguir explicitado.

3.2 O superado argumento da reserva do possível e a saúde *versus* a saúde

Com o aumento da judicialização, o Poder Público passou a fazer uso da chamada reserva do possível, teoria cujo desenvolvimento inicial deu-se no Tribunal Constitucional Alemão, em caso envolvendo o acesso de vagas em instituição universitária.¹³ Assim:

A reserva do possível situa-se no contexto de real ausência de recursos públicos e não de uma simples discricionariedade de não aplicação em determinadas finalidades, o que poderia decorrer da própria aprovação de lei orçamentária em respeito aos direitos fundamentais cuja prestação é dever do Estado.¹⁴

A abordagem conceitual acima é ampla e vale não só para questões relacionadas à saúde, mas como todas as obrigações do Estado relativas aos direitos fundamentais. A lógica argumentativa da teoria da reserva do possível exterioriza-se no fato de que o Poder Público não estaria obrigado a fornecer o medicamento ou tratamento específico para o demandante, pois esse fornecimento oneraria e prejudicaria o sistema, na medida em que os recursos orçamentários são finitos.

¹² MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Resolução 881 de 12 de fevereiro de 2016. Portal. *Online*. Disponível em: <http://tjms.jus.br/_estaticos/_nat/Portaria_NAT.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

¹³ ARELLANO, L. F. V. **Para além da reserva do possível**: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: Revista de Processo, abril, 2017.

¹⁴ Ob. Cit. p. 402.

Assim, o Poder Público estaria obrigado a oferecer estritamente o possível, de modo que não lhe seria exigível disponibilizar ou atender situações excepcionais.

Contrapondo-se à teoria da “reserva do possível”, passou-se a tutelar o chamado “mínimo existencial”, amplamente invocado nos precedentes jurisprudenciais. Em recente precedente, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul entendeu:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL – RESERVA DO POSSÍVEL – PREVALÊNCIA DO EFETIVO CUMPRIMENTO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. MULTA COMINATÓRIA – POSSIBILIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS. A saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deverá garantir à sociedade a efetiva prestação de serviços mínimos para uma vida digna, não podendo valer-se da cláusula da reserva do possível para se abster de dar o efetivo cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. É permitida multa coercitiva contra a Fazenda Pública, objetivando coagir o ente público a cumprir obrigação que deve ser imediatamente executada, para que a ordem judicial não perca a natureza compulsória.¹⁵

Perceba-se que é dever do Estado garantir a efetiva prestação dos serviços mínimos para uma vida digna, não sendo escusa a chamada cláusula da reserva possível. Há obrigação de o Estado garantir o mínimo existencial, nele incluso o direito à saúde.

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se posicionar sobre a contraposição entre a reserva do possível, posicionou-se a favor do mínimo existencial, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. [...] 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrati-

¹⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Portal. *Online*. Apelação / Remessa Necessária n. 0800661-87.2016.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 24/05/2017, p: 26/05/2017.

va. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. 3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 4. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra a União, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 5. Está devidamente comprovada a necessidade emergencial do uso do medicamento sob enfoque. A utilização desse remédio pela autora terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê. 6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde. 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014)

Extrai-se do acórdão que os direitos sociais, em especial à vida e à saúde, não podem ser condicionados ao bel prazer do administrador. Inexiste ofensa à separação dos poderes no fato de o Judiciário tutelar direito essencial, inserido no conceito de mínimo existencial. Ademais, consideraram os julgadores inexistirem provas com relação à incapacidade financeira. Em suma, não podem os direitos fundamentais sucumbirem ao alvitre do administrador ou sua má gestão. Não só pode como deve existir ação do Poder Judiciário.

Em outro contexto, mas com conclusão que se encaixa perfeitamente ao estudo em tela, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Celso de Mello, manifestou-se pela impossibilidade de “invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”¹⁶, de modo que está englobado no mínimo existencial o direito à vida, saúde e dignidade.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. RE 482611, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/03/2010, publicado em DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 45-9, analisou a possibilidade de o Poder Judiciário atuar de forma macro, isto é, com relação às políticas públicas adotadas pelo administrador. Ada Pellegrini Grinover aborda a questão:

Mas, o que vale realçar agora, é que a posição do STF, manifestada minuciosamente por um de seus mais sensíveis Ministros, Celso de Mello, na supra citada ADPF 45-9, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário possa intervir no controle de políticas públicas: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.¹⁷

A análise acima se deu de forma macro, isto é, a priorização da saúde como política pública. O objeto deste estudo é a análise da tutela da saúde em termos individuais, ou seja, ações de conhecimento específicas em que indivíduos buscam o acesso à saúde.

Ocorre que a questão jurídica ganha relevos de complexidade ao se contrapor a saúde *versus* a saúde. Luis Roberto Barroso ensina:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. 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 juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.¹⁸

A argumentação seria no sentido de que, ao tutelarem-se especificidades, especialmente no que se refere a medicamentos ou procedimentos cirúrgicos de alto custo, o Estado torna-se deficitário e falha na atuação da saúde para a população em geral. Assim, a saúde de um estaria ganhando proteção enquanto a de vários estaria padecendo.

Sustenta-se ordinariamente que os recursos para o custeio da saúde seriam finitos, ao passo que as pretensões infinitas e com isso o sistema entraria em colapso. Alguns

¹⁷ GRINOVER, A. P. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil.**

¹⁸ BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.

dados são relevantes, dentre eles está o fato de inexistir qualquer estudo que demonstre, em números, que o fornecimento de saúde de qualidade à população ocasionaria um descontrole das contas públicas.

A experiência, diga-se, não só jurídica, mas do dia a dia hospitalar, demonstra que a falta de gestão é uma das grandes mazelas do sistema. Não raras vezes excelentes médicos são maus gestores; ainda, há gestores que são maus gestores. O serviço público como um todo padece de melhor gestão, de bonificação por eficiência e produtividade, por capacitação profissional e estruturação.

Infelizmente não se faz um estudo crítico do sistema público de saúde. Ao revés, medidas paliativas são tomadas. Pessoas acabam tendo o estado de saúde agravado e gerando mais ônus para o sistema em razão de precariedade no primeiro atendimento. A gestão e o jurídico devem ser realizados em consonância com a realidade. Com o cotidiano.

Discussões homéricas foram travadas colocando-se em choque a reserva do possível e o mínimo existencial. Hoje, discute-se a saúde *vs* a saúde. A raiz do problema não é modificada.

Em meio a todo esse contexto, levando em consideração a carência de recursos e a responsabilidade da família para com o fornecimento da saúde, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, propôs a alternativa que será tratada no tópico seguinte.

3.3 Acesso Universal ou seletivo e o julgamento do RE 566.471/RN

Está sob o crivo do Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, de número 566.471 originário do Rio Grande do Norte, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio e discute-se “Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento,”¹⁹ grifa-se, sob a perspectiva individual.

O plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do recurso no dia 15 de setembro de 2016, em que se discute o “dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo”.²⁰ Alguns elementos têm (ou não) relevância no referido julgamento, como o fato de o

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Acompanhamento processual.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Informativo 839, 2017.

medicamento ser de alto custo, a doença ser grave e, destaca-se, o postulante não possuir condições financeiras.

O Ministro relator, Marco Aurélio, proferiu seu voto (ainda não disponibilizado na íntegra) no sentido de obrigar o Estado a fornecer o medicamento previsto na Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, desde que comprovada a imprescindibilidade, leia-se, adequação e necessidade, ou ainda a impossibilidade de substituição do fármaco. Acrescentou o Ministro: “É necessário demonstrar, ainda, a incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos previstas nos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil (CC).”²¹

Consignou o Ministro Marco Aurélio estar tratando de situação individual, sendo incumbência do Poder Judiciário “corrigir injustiças concretas”²². Para o presente estudo, ganha relevância as condicionantes aplicadas pelo Ministro Relator, em especial a questão relacionada a incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária.

Consta no informativo:

O segundo elemento a ser considerado é a incapacidade financeira. O dever de tutela estatal do mínimo existencial estaria definitivamente configurado se provada a ausência de capacidade financeira para a aquisição de medicação reconhecidamente adequada e necessária ao tratamento de saúde do indivíduo. Tal ótica estaria em conformidade com as decisões do STF.²³

Percebe-se na transcrição acima que a incapacidade financeira seria condição essencial para que o Estado seja obrigado a fornecer, gratuitamente, o medicamento postulado pela parte. Continuam as ponderações do relator:

Quanto à situação financeira do paciente, o relator frisou que, na família contemporânea, não pode haver direitos sem responsabilidades. A igualdade e a autonomia dos integrantes reclamam reciprocidade e solidariedade. Essa concepção é clara no art. 229 da Constituição, segundo o qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; e os filhos maiores, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O dispositivo abrange, portanto, os deveres de cuidado com a saúde como manifestação

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Idem.

cogente de solidariedade familiar. Logo, a dignidade humana, considerado o direito à saúde, seria comprometimento não só do Estado mas também da família. E, tendo em vista que não há hierarquia formal entre esses diferentes deveres de solidariedade, cabe ao intérprete harmonizá-los²⁴.

Interessante conjugação é realizada pelo Ministro Marco Aurélio. É evidente que o ordenamento jurídico, nele inserto a Constituição Federal, deve ser lido e aplicado como um sistema. Nesse aspecto, inegável é o preceito do artigo 229 da Constituição Federal a seguir transcrito: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”²⁵

A Constituição Federal, em seu artigo 229, torna evidente o dever dos pais com relação à assistência, criação, educação dos filhos menores, bem como os deveres dos filhos maiores para com seus pais na velhice. Manifesto que nesse contexto de assistência, criação e educação, estão inseridos os direitos à vida, saúde e, conseqüentemente, dignidade.

Extraiu-se do voto, em plenário, do Ministro Relator que:

Por ser específico, o dever familiar precede o estatal, que é custeado por toda a sociedade por meio de tributos. Nesse sentido, o Estado atua subsidiariamente, ou seja, exclusiva ou complementarmente, a depender do nível de capacidade financeira da família solidária.²⁶

Consoante a conclusão do Ministro Marco Aurélio, o dever de assistência no que se refere ao mínimo existencial relacionado à saúde é, primeiro, da família. Assim, havendo condição financeira dos familiares, há escusa legítima do Estado em fornecer o medicamento de alto custo.

Por conseguinte, o direito individual ao fornecimento de medicamento de alto custo estaria condicionado à impossibilidade financeira da família e, no caso de condições financeiras dos familiares e fornecimento pelo Poder Público, estaria assegurado o direito de regresso.

O julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Luís Roberto

²⁴ Idem.

²⁵ BRASIL. Constituição Federal. Ob. Cit.

²⁶ Idem.

Barroso. No dia 28 de setembro de 2016, o Recurso Extraordinário em comento foi novamente levado a plenário, oportunidade em que o Ministro Barroso expressou seu posicionamento que foi transmitido via informativo 841 do Supremo Tribunal Federal²⁷.

A síntese do entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso pode ser extraída dos “cinco requisitos cumulativos” que devem ser observados:

a) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS²⁸.

O Ministro Edson Fachin também apresentou um rol a ser observado:

a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; b) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; d) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e e) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.²⁹

Percebe-se que os Ministros apresentam requisitos para filtrar as postulações realizadas contra o Poder Público. Interessa, para o presente estudo, a questão relacionada à condição financeira do demandante e de sua família. Cumpre antes consignar que o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Teori Zavascki e atualmente encontra-se tramitando no Supremo Tribunal Federal, sem data para julgamento,³⁰ por conseguinte, ainda não se fixou a tese para a repercussão geral.

Neste estudo, a questão a ser abordada é o acesso universal ou seletivo à saúde, isto é, o Poder Público tem o dever de fornecer tratamentos cirúrgicos e medicamentos somente

²⁷ BRASIL Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Informativo 841, 2016. Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Acompanhamento processual. Ob. Cit.

aos que não possuem condições financeiras ou a toda a população. O núcleo do estudo gravita nessa questão jurídica.

Ao tratar do direito à saúde, Gilmar Ferreira Mendes aborda seu âmbito de proteção:

O direito de proteção à saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal como 1) ‘direito de todos’ e 2) ‘dever do Estado’, 3) garantido mediante ‘políticas sociais e econômicas’ 4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, 5) regido pelo princípio do ‘acesso universal e igualitário’ 6) ‘às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação’.³¹

O Ministro Gilmar Mendes, na transcrição acima, discorre sobre o preceito tipificado no artigo 196 da Constituição, em que elementos importantes para o presente estudo são evidenciados, como o “direito de todos” e o “acesso universal e igualitário”. Nesse contexto, afirma:

O constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, que reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo-se, inclusive, a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, IV da Lei nº. 8.080/90).³²

Dessa forma, evidencia-se a preponderância do acesso universal aos serviços de saúde, que restou devidamente materializado na Constituição Federal com o objetivo de garantir a concretização de direitos fundamentais por parte dos entes da federação.

Entretanto, está em análise no Supremo Tribunal Federal a extensão desse acesso universal, ou seja, a possibilidade de limitação somente aos que são hipossuficientes economicamente. Questiona-se se seria a aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, de limites, restrições ao direito fundamental à saúde³³.

Naturalmente, reflexos decorrem do julgamento do Supremo Tribunal Federal. Ao se entender pela limitação do acesso ao Sistema Único de Saúde, deve-se ponderar e pontuar em que situações esses limites seriam aplicados, isto é, se só em situações judiciais e de alto

³¹ MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EDB) / Gilmar Ferreira Mendes, 2012, p. 483-484.

³² Ob. cit. p.485

³³ Ob. Cit.

custo ou em todo o sistema público de saúde.

O julgamento ainda não teve seu termo, mas fato é que a questão a ser solucionada pelo Supremo Tribunal Federal é extremamente sensível e merece total atenção dos ministros e da classe jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, impondo ao Estado a garantia ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Nessa perspectiva, é dever do Estado garantir a efetiva prestação dos serviços de saúde mínimos para uma vida digna, não sendo escusa a chamada cláusula da reserva do possível. Ocorre que está sob o crivo do Supremo Tribunal Federal o fato de o direito à saúde ser universal ou limitado aos hipossuficientes economicamente.

A questão é de ímpar relevância, pois ao passo que o constituinte preceituou ser a saúde um direito de todos, sem distinguir nesse momento os pobres dos ricos, os pardos dos brancos, os católicos dos protestantes, pode o Supremo Tribunal Federal entender pelo acesso público da saúde somente para os pobres. Quem seriam esses? A limitação aos pobres seria exclusiva em demandas objetivando a concessão de medicamentos de alto custo? Os postos de saúde estariam de portas fechadas aos “ricos”? Como separar, no caso das políticas públicas, os ricos dos pobres?

A saúde, como analisado acima, não engloba somente os medicamentos e postos médicos e hospitalares, mas políticas públicas em larga escala. Assim indaga-se se a partir do momento em que se deixa a universalização, os ricos não terão mais direitos a essas políticas públicas.

O tema é de alta proeminência e merece dedicação da comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, L. A. D. e NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

ARELLANO, L. F. V. Para além da reserva do possível: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas. In: **Revista de Processo**. Ano 42. Vol. 266. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril, 2017.

BAHIA, C. J. A.; ABUJAMRA, A. C. P. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Org. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, R. M. de A. In: **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. Direito Fundamental à Saúde. Atividades de prestação de serviços médicos e de saúde: Serviços Médicos. Serviços Hospitalares. Risco. Meio Ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=36&shop_detail=440. Acesso em 16 jun. 17. Publicado em 22 de setembro de 2016.

BRASIL. Constituição Federal. Planalto. Portal *online*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 13 jun 17.

_____. Lei 8.080/90. Planalto. Portal *online*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso: em 13 jun. 2017.

_____, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Portal**. *Online*. Apelação /

Remessa Necessária n. 0800661-87.2016.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 24/05/2017, p: 26/05/2017. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Portal. *Online*. REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reserva+e+poss%EDvel+e+sa%FAde+e+m%EDnimo+e+existencial&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Acompanhamento processual. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Informativo 839. Disponível em: [http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo839.htm#Colaboração premiada e requisitos para concessão de perdão judicial](http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo839.htm#Colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20e%20requisitos%20para%20concess%C3%A3o%20de%20perd%C3%A3o%20judicial). Acesso em: 20 jun 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Portal. *Online*. Informativo 841. Disponível em: [http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo841.htm#Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento – 2](http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo841.htm#Direito%20%C3%A0%20sa%C3%ADde%20e%20dever%20de%20o%20Estado%20fornecer%20medicamento%20-%202). Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Portal**. *Online*. RE 482611, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/03/2010, publicado em DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000085763&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASÍLIA. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça. **Portal**. *Online*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Recomendação n. 31. Conselho Nacional de Justiça. Portal. *Online*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acesso em: 16

jun. 2017.

GRINOVER, A. P. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil**. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=6&shop_detail=56. Acesso em: 16 jun. 2017. Artigo atualizado em julho 2016.

MATO GROSSO DO SUL. Resolução 881 de 12 de fevereiro de 2016. Portal. *Online*. Disponível em: http://tjms.jus.br/_estaticos_/nat/Portaria_NAT.pdf. Acesso em: 14 jun 2017.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)** / Gilmar Ferreira Mendes. 4 ed. ver. e ampl. São Paulo . Saraiva. 2012.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.