

6

Judicialização do direito fundamental à saúde: uma análise do Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada: STA n. 175-CE *The Judicial Intervention in the fundamental health right: an analysis of the decision in Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada STA 175-CE*

ILANA BERTAGNOLLI

Mestranda em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS;
procuradora da Fazenda Nacional da 4ª Região

RESUMO

A decisão proferida pelo Supremo, na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, representa um marco na história da judicialização do direito fundamental à saúde, especialmente no tocante à omissão do Estado no fornecimento de medicamentos. Isso porque o precedente buscou conciliar as duas acepções do direito social à saúde, como direito público subjetivo do cidadão e como dever prestacional por parte do Estado. Diante disso, o presente estudo analisou as razões de decidir do julgado, frente aos princípios constitucionais norteadores do direito à saúde. Para tanto, foram buscados na doutrina, na jurisprudência do próprio STF, e dentro da Constituição, os argumentos garantidores da manutenção da decisão perante a sociedade brasileira, tais como o direito subjetivo público à saúde, o dever fundamental de sua prestação, a eficácia imediata e irradiante das normas constitucionais, a proibição de retrocesso, e a ponderação entre princípios. A análise procedida revelou a importância desta decisão que, além de sopesar os princípios do Estado Democrático do Direito para conceder o medicamento pretendido, também estabeleceu limites à interferência do Poder Judiciário na esfera própria da Administração.

Palavras-chave: judicialização; saúde; medicamentos; prestação; limites.

ABSTRACT

The Supreme Court's decision, in *Suspensão de Tutela Antecipada 175*, represents a mark in the history of the judicial intervention in the fundamental health right, mainly towards State omission in supplying medicines. This is because the precedent looked for appeasing both meanings of health right, either as a public and subjective citizen's right, or as a State duty of providence. In this sense, the present study tried to analyze the reasons of judgment in face of constitutional principles concerning health right. To do this, it was searched doctrine, in other Supreme decisions, and into the Constitution, the arguments to keep this judgment before the Brazilian society, such as the public and subjective health right, the fundamental duty of health care, the immediate and radiate force of constitutional rules, the prohibition of social regression and the weighting principles. The analysis revealed the importance of the decision, which not only counterweighted the principles of Legal Democratic State to grant the claimed medicine, but also established the bounds to Judiciary intervention into the administrative field.

Keywords: judicial intervention; health; medicines; instalment; bounds.

1. SÍNTESE DO CASO

Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na Anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em antecipação da tutela recursal, determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem à jovem portadora de doença neurodegenerativa denominada Niemann-Pick tipo C o medicamento chamado Zavesca, que possibilitaria o aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida da jovem, remédio este que a família da jovem não tinha condições de custear.

Interposta pela União a suspensão de tutela antecipada desta decisão, o caso chegou ao STF. Entendia a União que a decisão objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes, além das normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva

da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa.

Sem vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, a Presidência do STF indeferiu o pedido de suspensão da tutela antecipada formulado contra o acórdão do TRF da 5ª Região. Inconformada, a União interpôs agravo regimental, cujo julgamento restou por afastar os argumentos trazidos pela Administração para a não prestação do remédio solicitado, e ainda por fixar diretrizes de atuação do Poder Judiciário no que concerne a concessões de pedidos relacionados ao direito fundamental à saúde.

Com base em informações coletadas na audiência pública sobre saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), o presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde devem ser fornecidos pelo Estado. Esta foi a primeira vez que o Supremo utilizou subsídios da audiência para fixar orientações sobre a questão.

Após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública, que permitiu a participação dos diversos setores da sociedade envolvidos no tema, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Para isso, destacou pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou parâmetros de decisão.

Segundo o ministro, deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. “Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”, entendeu Mendes.

O referido ministro salientou ainda que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, o que seria capaz de prejudicar ainda mais o atendimento médico da população mais necessitada. Assim, considerou ele a prevalência do tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Entretanto, o presidente do STF destacou que essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Os Ministros Ellen Gracie, Eros Grau, Carlos Brito e Marco Aurélio acompanharam o voto do relator. O Ministro Celso de Mello também concordou com o relator, mas trouxe outros argumentos para reforçar a tese esposada pelo Ministro Gilmar e para consolidar o posicionamento da Corte Suprema a respeito do tema.

Exposta a situação e resumida a decisão, passa-se à análise dos argumentos expendidos pelos ministros, que fundamentaram seus posicionamentos.

2. ANÁLISE DA DECISÃO

Primeiramente, deve ser dito que a decisão, que completa agora um ano de sua prolação, proferida no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, pode ser encarada como o grande divisor de águas na judicialização do direito fundamental à saúde, especialmente no que concerne à omissão do Estado quanto ao fornecimento de medicamentos. Isso porque o acórdão analisado consolida o posicionamento da Suprema Corte brasileira a respeito de um tema amplamente debatido e controvertido, e que reflete um dos maiores anseios dos cidadãos brasileiros a respeito da implementação de direitos fundamentais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser, de maneira explícita, direito fundamental social e, como tal, acessível a todos, indistintamente. Logo, é dever do Estado assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, os quais devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se num sistema único (SUS) organizado de acordo com a diretriz do **atendimento integral**, dentre outras.

O direito à saúde aparece insculpido como postulado fundamental da ordem social brasileira no artigo 6º da Carta Constitucional. Os artigos 196 a 200 esclarecem o papel do Estado na assistência à saúde, sendo que o artigo 198 define o Sistema Único de Saúde (SUS). Tais dispositivos constitucionais foram regulamentados através da Lei n. 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde; a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Com efeito, fica o Estado, portanto, obrigado a garantir aos seus cidadãos o acesso a serviços e ações de saúde, que devem proporcionar **atendimento integral**

(inciso II do artigo 198 da CF), nele compreendido uma adequada assistência médico-hospitalar, a qual pressupõe a oferta de procedimentos (exames, cirurgias etc.) e de medicamentos, ainda que sejam de última geração, pouco importando o seu custo, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e da saúde do usuário do SUS.

Outrossim, verifica-se que o legislador constituinte reconheceu que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde” (artigo 197), reforçando, assim, a exigibilidade do direito à saúde, ao atribuir-lhe o caráter de serviço público essencial.

Ora, o precedente em comento do STF levou em consideração não apenas as conclusões extraídas de Audiência Pública – Saúde, realizada em abril/maio de 2009 com representantes do SUS, mas também as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do direito fundamental à saúde e sua concretização pelo Estado e pelo Judiciário.

Afinal, o direito à saúde é um direito público subjetivo e, como tal, constitui-se em direito fundamental constitucional de segunda geração¹. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, no voto proferido na decisão em exame: “Cumpra não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República”.

Na acepção de Dimitri Dimoulis & Leonardo Martins (2006), direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009) identificou os direitos fundamentais como *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático, pois personalizam e positivam os valores básicos que, ao lado da parte organizatória da Constituição, integram o núcleo substancial de um Estado constitucional que repele o totalitarismo e a ditadura.

É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos.” (SARLET, 2009: 61.)

¹ Sobre as gerações dos direitos fundamentais, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

O julgado em análise utilizou-se do conceito de direito à saúde como direito fundamental do Estado democrático, oponível tanto ao particular como aos órgãos públicos. Assim, como a outra face da moeda do direito social à saúde, aparece o dever do Estado de prestar a saúde a qualquer cidadão que se encontre em território brasileiro. Neste sentido, é o excerto do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196 (STA n. 175).

É a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que ficou ressaltada nesta decisão do STF, a qual determinou à União que fornecesse gratuitamente remédio de alto custo e essencial à sobrevivência da autora, pessoa debilitada física e mentalmente. Como referido acima, as dimensões funcionais dos direitos fundamentais operam como as duas faces de uma mesma moeda que, no plano subjetivo, é capaz de garantir a liberdade individual, ao passo que, objetivamente falando, caracteriza-se pela orientação da atuação do Estado. É o direito/dever de prestação².

Segundo Daniel Sarmiento, ao Estado compete abster-se de violar os direitos fundamentais, ao mesmo tempo que deve proteger seus titulares diante de lesões e ameaças. “Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana” (SARMENTO, 2004: 160-161).

Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua **eficácia irradiante**. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário³.

² Quando se fala em direitos a prestações, faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a prestações em sentido estrito. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a prestações em sentido amplo (ALEXY, 2008: 202).

³ “Em verdade, o efeito de irradiação prende-se à própria ideia de supremacia constitucional, operando, como destacou David Capitant, ‘como um caso particular de interpretação conforme’. Trata-se de uma fórmula que traduz o processo de integração entre o direito constitucional e o direito ordinário, bem como a necessidade de adaptação e acomodação do segundo ao primeiro” (PEREIRA, 2006: 461).

Na opinião de Sarlet (2009), talvez uma das mais significativas inovações em matéria de direitos fundamentais trazida no bojo da Constituição de 1988 tenha sido aquela insculpida no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF. Este dispositivo proclama que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem **aplicabilidade imediata**, o que fatalmente exclui o caráter programático destes preceitos.

Para bem compreender a definição da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, segue o ensinamento de J. J. Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência, ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada a tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais) (CANOTILHO, 1998).

Reconhecendo o caráter imediato do direito à saúde e afastando o rótulo programático da norma de direito fundamental, o STF, não só no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175⁴, como em outras jurisprudências⁵, tem

⁴ “Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido” (trecho do voto do Ministro Celso de Mello).

⁵ “EMENTA: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANOIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO – O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. 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, 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. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave

feito incidir sobre o Poder Público a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde.

Assim, a aplicabilidade imediata introduzida pelo parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna reforça a imperatividade das normas que traduzem os direitos fundamentais, tornando obrigatória a efetivação de ações e prestações para implementar tais direitos. Essa imperatividade, por sua vez, conduz ao princípio da máxima eficácia das normas de direito fundamental, o que levou o Supremo a reconhecer a responsabilidade solidária dos entes da federação quanto à prestação dos serviços de saúde.

De fato, ficou estabelecido no voto do Ministro Gilmar Mendes que deve ser construído um modelo de cooperação e coordenação de ações conjuntas por parte dos entes da federação. Estes, por possuírem competência comum, devem responder solidariamente pela prestação de serviços de saúde. Trata-se, pois, de garantir de forma mais ampla possível a prestação e a implementação de um direito fundamental, como é o direito à saúde.

Neste contexto, é correto afirmar que a decisão apreciada reconheceu uma inconstitucionalidade por omissão, na medida em que a inércia do Poder Público em concretizar o direito à saúde violou a exigência constitucional de ação.

comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público – fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. – O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175 AgR., Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02/02/2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524).

Segundo Andrade (2001: 308), haverá inconstitucionalidade por omissão “sempre que o legislador não cumpra, ou cumpra insuficientemente, o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas”. Note-se que o dever de concretizar as imposições constitucionais pode ser violado pela falta ou insuficiência de **medidas legislativas**, de **medidas político-administrativas** ou, até mesmo, de **medidas de governo**⁶.

Foi a omissão de medidas administrativas de tratamento e fornecimento de medicamentos que o voto do Ministro Gilmar Mendes procurou resolver:

Parece certo que 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 da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar (STA n. 175).

Sem dúvida, a decisão em apreço representa um marco na judicialização do direito à saúde. Não só porque reverencia a concretização deste direito pelo Judiciário, mas também, e principalmente, porque fornece um ponto de equilíbrio da atuação dos juízes nesta seara.

Após ouvir diversas manifestações na audiência pública realizada, o Ministro Gilmar Mendes entendeu necessário fazer-se um redimensionamento da questão da judicialização da saúde no Brasil, em razão de que, na maioria das vezes, a referida judicialização não decorre da omissão absoluta do Estado em matéria de políticas públicas voltadas para prestações de saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Dessa forma, não há que se falar em interferência do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade do Executivo no âmbito da saúde pública.

Para o Presidente do STF, a justiciabilidade do direito fundamental à saúde não alicerça, contudo, o deferimento de qualquer ação de prestação de saúde, porque isso geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, “de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada”. Assim, conforme o entendimento assentado no voto do relator: “a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria

⁶ Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso”.

Nesse diapasão, o ativismo judicial em face das omissões do Poder Público, que o Ministro Celso de Mello chamou de **missão institucional do Poder Judiciário**⁷, não pode ser promovido irrestritamente, sob pena de violação ao primado da separação dos poderes. Somente quando a omissão do Estado comprometer a eficácia e a integridade de direitos constitucionais e quando estritamente provado tal comprometimento, é que cabe ao Judiciário agir e implementar o direito violado omissivamente.

Por outro lado, a admissão da justiciabilidade do direito fundamental à saúde não significa a impossibilidade de restrições a estes direitos. Ao contrário disso, direitos fundamentais sociais colidem ordinariamente com outros direitos fundamentais e bens coletivos, como é o caso dos princípios da separação dos poderes, da reserva do possível e da competência orçamentária do administrador público.

Tome-se, como exemplo, o conflito abordado na decisão em comento entre o princípio do mínimo existencial e o da reserva do possível. Primeiramente, deve ser esclarecido no que consistem tais princípios. No ensinamento da Ministra Carmen Lúcia, dentro do mínimo existencial:

(...) se contém o conjunto de condições materiais, político-econômicas, sociais, culturais e psicológicas que constitui o ponto de partida com que cada ser humano precisa contar para realizar a sua vocação e bem viver segundo os princípios tidos como próprios no sistema constitucional estabelecido pela sociedade estatal (2005: 447).

Já a reserva do possível diz respeito aos custos da Administração Pública com a implementação de políticas públicas. Foi este princípio concebido como forma de balizar os gastos públicos e de estabelecer as premissas para a responsabilização dos agentes na utilização dos recursos financeiros.

A Ministra Carmem Lúcia explicou com precisão a que se refere o princípio da reserva do possível:

⁷ “Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito inconstitucional que tem pela autoridade da lei fundamental da República” (trecho do voto do Ministro Celso de Mello).

A doutrina concebeu o princípio da reserva do possível, segundo o qual a prática de políticas públicas somente poderia ser responsabilizada e cobrada dos agentes, órgãos e agentes políticos quando houvesse recursos disponíveis para a operacionalização dos serviços a serem prestados à sociedade conforme a demanda a ser satisfeita (2005: 454).

Ora, o ente público não pode ser responsabilizado por não despende o dinheiro que não tem. Mas também não pode ele se livrar da responsabilidade por aplicar de forma péssima e inconsequente os recursos financeiros.

A solução para essa colisão de princípios (mínimo existencial *versus* reserva do possível) parece mesmo sinalizar para o critério da ponderação, que deverá ser feito nos contornos de cada caso concreto. A tônica desse método está, sem dúvida, na utilização do princípio da proporcionalidade.

Conforme a teoria do caráter principiológico dos direitos fundamentais de Robert Alexy:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas⁸.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. (...) Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições (2008: 93).

Como critério de verificação da precedência de um princípio em relação ao outro, no caso concreto, Alexy recomendou a máxima da proporcionalidade, que se desdobra em três máximas parciais: a da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

válidos, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos (2005, 217)².

A doutrina de Alexy foi adotada de forma destacada no julgamento da suspensão de tutela antecipada STA n. 175, cuja primordial preocupação foi no sentido de solucionar a colisão do direito fundamental à saúde, à vida e à dignidade com diversos outros princípios também configuradores do Estado Democrático de Direito (separação de poderes, princípio democrático, reserva do possível, discricionariedade administrativa). Assim consignou o Ministro Gilmar Mendes: “Juízos de **ponderação** são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”.

Nesse sentido, também se pronunciou o Ministro Celso de Mello na STA n. 175:

Isso significa que a intervenção jurisdicional justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Ainda nas palavras do Ministro Celso de Mello:

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

⁹ Ingo Sarlet, na esteira desta teoria, ensinou que o princípio da proporcionalidade deverá presidir a atuação dos órgãos estatais, incidindo na dupla dimensão de proibição de excesso e de insuficiência: “Isso significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso de direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais de adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns da razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e garantia do direito” (2009: 357-358).

Não há dúvida de que a ponderação de interesses, feita nas particularidades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. Nos casos em que ficar constatada a urgência da medida jurisdicional, o argumento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas.

Por fim, para encerrar a análise da decisão de deferimento da prestação de medicamentos, cumpre abordar mais um importante princípio utilizado pelo Supremo para fundamentar seu julgamento. Trata-se do **princípio da proibição de retrocesso**, que caminha de mãos dadas com os direitos sociais.

Na lição de Gomes Canotilho (1998: 321):

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (lei da segurança social, lei do subsídio de desemprego, lei do serviço de saúde) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

A proibição de retrocesso não está explícita na Constituição. Decorre ela de uma interpretação sistemática de outros princípios constitucionais, a saber¹⁰:

- a) princípio do Estado democrático e social do direito;
- b) princípio da dignidade da pessoa humana;
- c) eficácia irradiante e aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais;
- d) princípio da segurança jurídica;
- e) princípio da continuidade da ordem jurídica.

Assim, qualquer medida legislativa, administrativa ou judicial que desfaça uma garantia fundamental já conquistada pelo cidadão esbarra na inconstitucionalidade, por violação a qualquer dos princípios acima citados. Trata-

¹⁰ A esse respeito, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

se aqui de inconstitucionalidade por ação, na medida em que viola o dever de abstenção do Estado em interferir nos direitos dos cidadãos. Nesse sentido, foi o voto do Ministro Celso de Mello:

(...) a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos.

É dentro de todo esse contexto apresentado que se afirma que a decisão analisada constitui-se em um marco para a implementação do direito à saúde pelo Poder Judiciário. Por isso, a importância de sua análise à luz da doutrina que se debruça sobre os direitos fundamentais.

3. CONCLUSÃO

Os processos judiciais que pretendem o fornecimento de medicamentos têm ganhado destaque nos Tribunais nos últimos anos. Apesar de a Constituição prever como direito fundamental a saúde de todos, e de impor ao Estado o dever de prestar assistência salutar, as omissões da União, dos Estados e dos Municípios neste assunto só fazem aumentar o caos que se tornou a saúde no Brasil.

É bem verdade que a noção de Estado Democrático pressupõe a outorga, aos mandatários eleitos do Poder Legislativo e Executivo, de uma esfera de poder discricionário dentro do qual poderão eleger as políticas públicas que implementarão, haja vista que os recursos de que dispõe o Estado para fazer face aos infinitos reclamos da sociedade são limitados.

Entretanto, o Poder Público não pode se esconder por detrás do manto da reserva do possível para sustentar o vergonhoso comportamento omissivo que predomina na esfera administrativa.

Como forma de contrabalançar o poder discricionário do Estado e a falta de políticas públicas em prol da saúde do cidadão brasileiro, insere-se a marcante decisão aqui analisada, visto que ela própria concede o medicamento necessitado pela parte, ao mesmo tempo que estabelece limites ao Poder Judiciário nesta interferência em âmbito administrativo, ou seja, na concessão de pedidos relacionados com o direito à saúde.

É por isso que o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 se tornou tão marcante e paradigmático na jurisprudência brasileira: porque a decisão, além de aplicar a ponderação de princípios

constitucionais para conceder o medicamento pretendido pela parte, representa, ela mesma, a ponderação entre as esferas administrativa e judiciária. É um valioso e atua exemplo do *checks and balances* dos poderes constituídos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, Belo Horizonte, Del Rey, janeiro/junho, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175. Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na Anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Tribunal Pleno. Relator: Gilmar Mendes, 17/03/2010.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.