

# Fornecimento de medicamentos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a audiência pública nº 4<sup>1</sup>



## Sílvia Melo da Matta

Juíza Federal em São José dos Campos. Mestranda em Direito no núcleo Jurisdição Federal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direitos Fundamentais pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Especialista em Direito Constitucional pela EMAG da 3ª Região. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico. 3. Audiência pública – parâmetros estabelecidos. 4. Atos do Conselho Nacional de Justiça. 5. Jurisprudência atual. 6. A problemática persiste. 7. Conclusões. Bibliografia.

## 1. Introdução.

O fornecimento de medicamentos por meio de decisões judiciais é objeto de discussões por gestores públicos, médicos e a sociedade civil, bem como no meio acadêmico e jurídico.

A falta de critérios objetivos e claros definidos pela jurisprudência quando da análise de concessão das medidas judiciais aumenta ainda mais a controvérsia.

O presente trabalho busca, após uma breve análise histórica, examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, após a realização da audiência pública nº 4 e a fixação de critérios no acórdão do AgR STA

175/CE do Presidente daquela Corte, Ministro Gilmar Mendes.

Atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ serão analisados em seguida, tendo em vista a consonância destes com os parâmetros estabelecidos e pela sua relevância administrativa perante o Poder Judiciário.

Em um capítulo específico, haverá a análise da jurisprudência atual da mais alta Corte do Brasil no tocante aos pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA), Suspensão de Liminares (SL) e Suspensão de Segurança (SS), em razão de serem os primeiros recursos a chegarem ao STF antes do cumprimento efetivo das decisões judiciais. Neste mesmo capítulo, serão analisados os

<sup>1</sup> Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direitos Fundamentais, realizado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em setembro de 2011.

acórdãos proferidos pelos órgãos fracionários (1ª e 2ª Turma) e pelo Pleno do STF, além das decisões de Repercussão Geral em sede de Recurso Extraordinário.

Para fins do presente estudo não foram consideradas as duzentas e trinta e duas decisões monocráticas proferidas no período de 08/05/2009 a 30/08/2011, pois os entendimentos individuais dos Ministros já foram revelados nos julgamentos coletivos do Tribunal, especialmente no acórdão do AgR STA 175/CE, decidido em sessão do Pleno do STF e por votação unânime dos Ministros, nos termos do voto do Relator.

Ao final serão ainda apresentados alguns pontos que reputamos relevantes, os quais não foram analisados detidamente pelo Tribunal e poderiam inclusive contribuir para aprofundamento da discussão e quem sabe, talvez até, alterar significativamente o seu entendimento, não obstante a menção deles na fundamentação do referido acórdão de AgR STA 175/CE.

## 2. Breve histórico.

A Constituição Federal estabelece no artigo 6º, desde sua redação original e após suas reformas pelas Emendas Constitucionais nºs 26/2000 e 64/2010, e no artigo 196, respectivamente, o direito à saúde:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000).

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

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.

Inicialmente a doutrina, bem como a jurisprudência, manifestaram-se no sentido de tratar-se de norma programática, sem aplicação imediata, com necessidade de regulamentação posterior para sua eficácia.

As ações judiciais com pedidos referentes à aplicação das referidas normas, como no caso de fornecimento de medicamentos ou tratamentos, deduzidas perante o Poder Judiciário eram indeferidas ou julgadas improcedentes sob a precípua fundamentação da não possibilidade de intervenção deste Poder perante o Poder Executivo, haja vista o modelo tradicional de direito administrativo.

Contudo, a jurisprudência pátria começou a embasar suas decisões nestas normas quando na década de 1990 os pedidos para fornecimento de medicamentos, em especial os referentes aos portadores de SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – começaram a chegar ao Poder Judiciário.

Sem adentrar no mérito se a norma é programática, ou não, verificamos que de um primeiro momento onde os membros do Poder Judiciário não acolhiam este tipo de pretensão, passou-se para um caminho de concessão irrestrita. Assim, havia precedentes mais ou menos abrangentes e em todos os sentidos, inclusive diametralmente opostos, ou seja, pela concessão do medicamento ao postulante por



se tratar de um direito fundamental, pois visa resguardar a vida, como em sentido inverso, o qual não caberia ao Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos no tocante a sua discricionariedade, pois implicaria ingerência nas políticas públicas preestabelecidas.

Neste sentido, interessante verificar que mesmo no STF, órgão encarregado pela guarda da Constituição, nos termos do artigo 102 da Carta Magna, houve decisões em ambos os sentidos, com predomínio do primeiro entendimento. Tomo como exemplo os posicionamentos dos Eminentes Ministro Celso de Mello e da Ministra Ellen Gracie.

O primeiro entende que o direito à saúde é corolário do direito à vida e, desta forma, o direito secundário e financeiro do Estado não pode prevalecer, notadamente no tocante aos hipossuficientes, como decidiu no acórdão do AgR RE 271.286-8/RS.<sup>2</sup>

Já a Ministra Ellen Gracie chegou a decidir de ambas as formas no mesmo ano (2007).

Verificamos que na SS 3073/RN, de 09/02/2007, e STA 91/AL, de 26/02/2007, ambas disponíveis no sítio eletrônico do STF, ela deferiu as suspensões por entender que estava configurada a lesão à ordem pública, tendo em vista que a execução de decisões individuais afeta o sistema público de saúde, pois este:

(...) busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.<sup>3</sup>

Contudo, posteriormente, a partir de maio de 2007, a Eminente Ministra passou a manter as decisões de obrigar o Estado a fornecer os medicamentos desde que hipossuficiente o paciente e em razão da gravidade da doença. Neste sentido as SS 3158, 3205 e 3183.

A esta época já era majoritário no âmbito daquele Tribunal o entendimento da concessão ampla e irrestrita de medicamentos ou tratamentos requeridos perante o Poder Judiciário.

Portanto, passou-se de uma fase inicial onde não havia intervenção deste Poder para uma implementação dos direitos sociais pela via judicial.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR RE 271.286-8/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2EENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=bas eAcordaos>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3073/RN e STA 91/AL. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 9 fev. 2007 e 26 fev. 2007, respectivamente. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%283073%2EENUME%2E+OU+3073%2EDMS%2E%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2891%2EENUME%2E+OU+91%2EDMS%2E%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acessos em: 30 ago. 2011.

Desta forma, sobressai-se a “ausência de clareza nos critérios que determinam a obrigatoriedade ou não do fornecimento de medicamentos”.<sup>4</sup>

Assim, para melhor analisar a complexidade do tema e sob um aspecto mais amplo de discussão, em razão dos pedidos cada vez mais numerosos perante o Poder Judiciário, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente da Corte, marcou audiência pública para colher experiências e dados sobre o tema.

### 3. Audiência pública – parâmetros estabelecidos.

A audiência pública ocorreu nos dias 27, 28 e 29/04 e 04, 06 e 07/05/2009, na qual foram ouvidos os gestores públicos, profissionais da área de saúde, membros da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, acadêmicos, entidades e organismos da sociedade civil.

Após a sua realização, o Ministro Presidente do STF resolveu redimensionar o problema, pois ficou constatado, segundo o entendimento dos membros da Corte na época, que na maioria dos casos não havia, ou não há, ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas e sim a implementação destas para o cumprimento do já estabelecido.

Assim, estipularam-se os seguintes parâmetros e diretrizes gerais para serem observados quando da concessão de medida judicial para fornecimento de medicamentos:

1. A existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Neste último caso, a não prestação decorre de:

- a) omissão legislativa administrativa;
- b) decisão administrativa de não fornecê-la;
- c) vedação legal a sua dispensação, como a inexistência de registro do fármaco perante a ANVISA.

2. A existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, tendo em vista que:

- a) há tratamento alternativo, ou
- b) não tem tratamento específico para determinada patologia.

Na letra “a” do item 2, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, salvo se comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente.

Na hipótese da letra “b” do item 2, a qual certamente ensejará impugnação judicial, seja por meio de ações individuais, ou coletivas, é imprescindível a ampla produção de provas, decorrente de instrução processual.

Além, é claro, da análise detida e concreta do caso com suas especificidades, numa subsunção da dimensão subjetiva com a objetiva do direito à saúde.

Estes parâmetros inspiraram o CNJ, órgão do Poder Judiciário, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça, a editar dois atos para auxiliar a solução de conflitos nesta seara, de acordo com a competência estabelecida no inciso I do § 4º do artigo 103–B da Constituição Federal.

### 4. Atos do Conselho Nacional de Justiça.

Em decorrência da audiência pública e dos parâmetros fixados nesta, o Presidente do CNJ, que também era, na época, o Presidente do STF, editou a Recomendação nº 31, de

<sup>4</sup> WANG, Daniel; TERRAZAS, Fernanda. *Decisões da Ministra Ellen Gracie sobre medicamentos*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=66](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=66)>. Acesso em: 29 ago. 2011.

30/03/2010,<sup>5</sup> na qual prescreve aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Consta desta que os Tribunais, sejam os de Justiça dos Estados, como os Regionais Federais, celebrem convênios de forma a disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais, até dezembro de 2010.

Recomenda que os juízes:

1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas - CONEP, se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Há ainda outras recomendações de caráter administrativo, como a inclusão da matéria referente ao direito sanitário nos editais de concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução nº 75/2009 do CNJ; visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON; bem como que as Escolas de Magistratura incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados e promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do Ministério Público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

Da leitura atenta da norma e da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da STA 175/CE, que ensejou a audiência pública, salta aos olhos que a recomendação em questão é justamente a reprodução dos parâmetros então estabelecidos.

Trata-se de uma boa iniciativa, pois até então cada juiz, seja de forma individual em Primeira Instância, ou nos Tribunais, decidia de maneira casuística e sem balizas, de forma a enfrentar uma responsabilidade grande no cotejo de interesses.

Contudo, a atuação do CNJ não ficou apenas nesta iniciativa, pois logo em seguida editou a Resolução nº 107, 06/04/2010.<sup>6</sup> Esta instituiu o “Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde”, o qual busca co-

5 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>.

6 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 107, de 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>.

letar subsídios e informações aos magistrados referentes às demandas de saúde e fomentar a discussão sobre o tema.

Este realizou um primeiro encontro (dias 18 e 19/11/2010, em São Paulo), do qual resultaram os seguintes objetivos a serem perseguidos:

1 – sugestão para que o Plenário do CNJ edite resolução que disponha sobre procedimentos que assegurem a efetividade do direito constitucional à saúde, a celeridade processual, a diminuição da litigiosidade, compondo uma política judiciária que gerencie as demandas da área da Saúde;

2 – instalação até o mês de janeiro de 2011 dos comitês estaduais, estes formados por juízes que vão promover o acompanhamento das principais demandas judiciais no setor;

3 – realização de estudos e diagnósticos que poderão subsidiar as políticas públicas do judiciário, considerando especialmente a prevenção e solução de conflitos judiciais no que diz respeito às suas peculiaridades e dificuldades locais;

4 – levantamento e acompanhamento regular dos processos judiciais de modo a identificar e tipificar as principais demandas dos cidadãos e as partes envolvidas nos conflitos, sejam elas entes públicos ou privados;

5 – realização de debates e eventos científicos nos Estados, com apoio das Escolas de Magistratura, como forma de preparar novas sugestões de regulação e procedimentos para o setor que poderão ser discutidos por meio de encontros e/ou jornadas, como os dois primeiros Fóruns Nacionais do Judiciário para a Saúde já realizados, respectivamente, em novembro de 2010 e dezembro de 2011.<sup>7</sup>

Estabelecidas estas iniciativas, as quais não se podem negar a vontade de auxiliar os juízes e fomentar a discussão, iremos agora verificar se na jurisprudência do STF houve alguma alteração de entendimento após a referida audiência pública.

## 5. A jurisprudência atual.

A análise da jurisprudência do STF restringir-se-á ao período de 08/05/2009 a 30/08/2011, ou seja, um dia após o término da audiência pública e até data recente a conclusão deste trabalho, e apenas no tocante aos acórdãos, decisões de Repercussão Geral em sede de Recurso Extraordinário e aos pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA), Suspensão de Liminares (SL) e Suspensão de Segurança (SS), decisões da Presidência, segundo pesquisa realizada no sítio eletrônico, envolvendo os itens de pesquisa “fornecimento e medicamento”.<sup>8</sup>

Houve a prolação de quatro acórdãos – AgR RE 607.381/SC, julgamento em 31/05/2011, pela 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux; AgR STA 328/PR, julgamento em 24/06/2010, pelo Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso; AgR AC 2117/SC, julgamento em 17/02/2010, também pelo Pleno, Relatora Ministra Carmen Lúcia e o AgR AI 553.712/RS, julgamento em 19/05/2009, pela 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

Destes, apenas o segundo enfrentou o pedido de fornecimento de medicamento pelo SUS. O Ministro Cezar Peluso negou provimento ao agravo, pois, segundo consta de sua decisão, a doença é específica, comprovada com laudo médico pertencente aos quadros do SUS, há necessidade do fármaco e a decisão recorrida não é genérica, como foi alegado. Desta forma, concluiu que o acórdão observou parte dos parâmetros estabelecidos

7 I Fórum Nacional do Judiciário: Justiça faz bem à saúde. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 124, nov. 2010, p. 59. E, *Reunião do II Fórum do Judiciário para a Saúde*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasauade/recomendacoes\\_do\\_II\\_encontro\\_de\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasauade/recomendacoes_do_II_encontro_de_saude.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2014.

8 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

na audiência pública, pois não foram todos questionados em sede recursal.

Os demais acórdãos trataram precipuamente de questões processuais. O primeiro dizia respeito ao chamamento ao processo e à questão da solidariedade no polo passivo; o terceiro negou seguimento ao recurso, pois ausentes os requisitos da ação cautelar e o último também negou provimento em razão da inexistência de razões novas para impugnar a decisão da Corte.

Existem duas decisões nas quais foi reconhecida a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com afetação e remessa dos autos para julgamento pelo Pleno – RE 607.582 RG/RS da Ministra Ellen Gracie, analisada em 13/08/2010 e RE 605.533 RG/MG do Ministro Marco Aurélio, em 01/04/2010. Em ambas não houve questionamento sobre o mérito deste trabalho, já que, na primeira, discutiu-se a possibilidade de sequestro de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos e, na segunda, a legitimação do Ministério Público para propositura de ação civil pública que visa o fornecimento de medicamentos, razão pela qual deixo de analisá-las.

Foram encontradas vinte e uma decisões da Presidência no período sob análise. Enumero-as:

1. SS 3741/CE, julgamento em 27/05/2009.
2. STA 244/PR, julgamento em 18/09/2009;
3. STA 175/CE, julgamento em 18/09/2009;
4. SL 319/BA, julgamento em 28/10/2009;
5. STA 361/BA, julgamento em 20/11/2009;
6. STA 348/AL, julgamento em 27/11/2009;
7. SS 3854/MG, julgamento em 10/12/2009;
8. SS 3941/DF, julgamento em 23/03/2010;

9. SS 3852/PI, julgamento em 07/04/2010;
10. SS 4045/CE, julgamento em 07/04/2010;
11. SS 3962/SE, julgamento em 07/04/2010;
12. STA 283/PR, julgamento em 07/04/2010;
13. STA 434/BA, julgamento em 16/04/2010;
14. STA 334/SC, julgamento em 16/04/2010;
15. STA 316/SC, julgamento em 16/04/2010;
16. STA 424/SC, julgamento em 20/04/2010;
17. SL 256/TO, julgamento em 20/04/2010;
18. STA 421/PE, julgamento em 20/04/2010;
19. SS 4229/GO, julgamento em 01/07/2010;
20. SS 4304/CE, julgamento em 19/04/2011;
21. SS 4316/RO, julgamento em 07/06/2011.

Deste universo, apenas as três últimas foram proferidas pelo atual Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso. As demais foram todas decididas pelo Ministro Gilmar Mendes.

Com relação a primeira, proferida vinte dias após a audiência pública, o Ministro não fez menção a esta, mas utilizou a mesma fundamentação para indeferir o pedido de suspensão e manter a decisão que determinou o fornecimento de medicamentos, pois os representados pelo Ministério Público encontravam-se enfermos, os medicamentos possuíam registro perante a ANVISA e estes mostravam-se necessários, adequados e proporcionais. Desta forma, o Município deveria arcar com os fármacos de caráter especial, excepcional e de alto custo, pois a responsabilidade foi estabelecida de forma solidária.

A segunda, terceira e quarta decisões são similares e fizeram referência tanto à

audiência, como aos parâmetros estabelecidos (STA 244/PR, STA 175/CE e SL 319/BA). O medicamento requerido quando do ajuizamento da ação não possuía registro perante a ANVISA, mas quando da análise da suspensão sim, portanto, um dos critérios apontados encontrava-se presente. O fármaco era de alto custo e não constava da lista do SUS, além de não possuir tratamento alternativo específico e, segundo os relatórios médicos, era eficiente. Desta forma, com menção aos parâmetros estabelecidos na audiência pública, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de suspensão e manteve as decisões recorridas.



Nas próximas decisões (STA 361/BA, STA 348/AL, SS 3854/MG, SS 3941, SS 3852/PI e SS 4045/CE) também houve menção aos critérios fixados na audiência pública e os medicamentos em questão já possuíam registro na ANVISA quando do pedido inicial. Contudo, não constavam da lista do SUS e eram medicamentos de alto custo, logo de dispensação excepcional. O Ministro aduziu que este instrumento visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Assim, em razão da análise dos fatos concretos (doença atestada por médico integrante do SUS, hipossuficiência, eficácia do medicamento), as decisões recorridas foram mantidas.

O caso seguinte é interessante, pois realmente se nota a análise individual do mesmo (SS 3962/SE). Com as mesmas funda-

mentações e análise do caso concreto como já expostas acima, o Ministro decidiu indeferir o efeito suspensivo à decisão recorrida, pois o paciente já havia feito tratamento para sua doença pelo SUS, entretanto a moléstia não foi contida e o médico integrante do Sistema de Saúde receitou outro medicamento. Este não constava da listagem, mas possuía registro na ANVISA. Desta forma, como não havia tratamento alternativo e o fármaco era essencial para a manutenção e/ou melhoria de sua saúde, o medicamento deveria ser fornecido.

Nos feitos seguintes (STA 283/PR e STA 434/BA) houve menção aos critérios fixados na audiência pública, o Ministro Gilmar Mendes analisou os parâmetros e fundamentou que o alto custo do medicamento não era impeditivo à concessão de seu fornecimento.

Na STA 334/SC, após mencionar os parâmetros que fixou na audiência, o Presidente do STF reconheceu a falta de interesse de agir, haja vista a superveniente inclusão do medicamento em protocolo clínico do SUS para o tratamento de pacientes portadores das patologias descritas na ação civil pública e de expressa consignação de seu fornecimento previsto a partir do mês de fevereiro de 2010, pois estaria apenas a exigir do Poder Público o cumprimento dos protocolos clínicos já existentes no âmbito do SUS.

Já na STA 316/SC, embora não haja menção expressa aos critérios fixados pelo próprio Ministro em suas decisões anteriores, ele negou seguimento ao recurso, pois não havia decisão a suspender, uma vez que o Tribunal inferior já havia dado o efeito suspensivo, considerando que o pedido era genérico (não especificava os beneficiários).

Posteriormente, na STA 424/SC, depois de fazer referência ao decidido na STA 175/CE, que ensejou a audiência pública, e analisar o caso concreto, deferiu parcialmente o efeito suspensivo no tocante à parte da decisão recorrida que era genérica com relação aos beneficiários, sem prejuízo que, demonstrando individualmente a existência de patologia e a

necessidade de um ou de outro medicamento mencionado nesta decisão, venham a exigir judicialmente a concretização do direito à saúde, conforme precedentes da Corte.

Nas duas decisões seguintes – SL 256/TO e STA 421/PE – houve análise ainda da questão da necessidade de transporte e alimentação (diária). Em seguida ao exame dos parâmetros essenciais que orientam a análise judicial de demandas de saúde, de forma concreta e individual, discutiu-se o dever do Município/Estado de arcar com as despesas de adequado transporte e alimentação do paciente que necessita de tratamento fora do domicílio e de acompanhante, em razão de não ser oferecido, no âmbito daquela Municipalidade, ou Estado, serviço de saúde de natureza idêntica. Em ambos os casos, as decisões que determinaram o custeio foram mantidas, pois o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o transporte e a alimentação seriam necessários para viabilizar o tratamento médico. No entanto, como o primeiro feito era uma ação civil pública onde o pedido foi feito de forma genérica – para todos que necessitassem do transporte e diária –, o Ministro decidiu dar o efeito suspensivo parcial para todos os demais usuários do SUS residentes na Comarca em questão, pois o pedido como posto contrariava o parâmetro da individualização do feito. Todavia, com relação aos pacientes descritos na inicial, indeferiu o pedido e manteve a decisão como prolatada.

Passamos à análise das três decisões proferidas pelo Ministro Cezar Peluso, na época Presidente do STF.

Nos autos SS 4229/GO, apesar de não mencionar os parâmetros da audiência pública, acabou utilizando-os durante a fundamentação, tendo em vista a reprodução da decisão impugnada que individualizou o caso concreto. A decisão recorrida foi mantida, pois entendeu pela inexistência de lesão à ordem e à economia públicas ao determinar ao Estado o fornecimento de medicamentos específicos, cuja disponibilização foi precedida de comprovação da necessidade

a pacientes portadores de doenças raras e graves, de forma individualizada, consoante documentação e pareceres técnicos acostados aos autos originários.

Por fim, nas SS 4304/CE e SS 4316/RO, o Ministro fez menção aos julgamentos dos AgR STA 244/PR, 178/CE e 175/CE, os quais fixaram os parâmetros que devem nortear o julgador na solução de conflitos que envolvem questões relativas ao direito à saúde. Ressaltou a vedação imposta à Administração Pública no tocante ao fornecimento de medicamento que não possua registro na ANVISA, como nos dois casos sob análise, mas fez uma ponderação para decidir de outra forma. Apontou que há estudos científicos a comprovar que o medicamento em questão é o único eficaz disponível para o tratamento clínico da doença. Inclusive, neste sentido, havia parecer da ANVISA. Assim, concluiu que a suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação mais gravosa (inclusive o óbito dos pacientes) e o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para a caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a “Política Pública de Dispensação de Medicamentos Excepcionais” tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

Em todas as decisões de suspensão que foram indeferidas esta medida, houve utilização da fundamentação de que a ausência do medicamento poderia acarretar dano irreparável aos requerentes, ou substituídos (quando no caso de ação civil pública proposta pelo Ministério Público), bem como que o fato do medicamento não constar das Portarias do SUS, por si só, não é motivo para o seu não fornecimento, visto que a “Política de Assistência Farmacêutica” visa contemplar justamente a integralidade das políticas de saúde a todos os usuários do sistema.

Destas vinte e uma decisões analisadas, verificamos que dezoito indeferiram o efeito



é bom lembrar – são limitados, exigem, inevitavelmente, restrições seja no lado da oferta (atendimento), seja no lado da demanda (acesso), freqüentemente em ambos.<sup>10</sup>

Ele ainda nos lembra:

Mas não dá para aumentar esses recursos infinitamente, e mesmo aumentos expressivos jamais serão suficientes para eliminar a necessidade de fazer escolhas. As necessidades em saúde são inúmeras e crescentes, os recursos são escassos, e os custos de novos tratamentos, cada vez maiores.<sup>11</sup>

Desta forma, não se pode dar uma abordagem individualista aos problemas sociais. Há necessidade de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, que deve ser concebida como política social, orientada pela melhor opção de custos e benefícios. Neste sentido a fundamentação que constou na STA 175/CE:

Isso porque é certo que ao Estado é inviável economicamente garantir todo e qualquer tratamento de saúde a todos os cidadãos. Assim, outorgou a Carta Magna ao Executivo o poder de eleger as políticas públicas que confirmam concretude ao direito à saúde por ela garantido (separação dos poderes). Tais políticas públicas devem ser criadas de modo a garantir, tanto quanto possível, o princípio da igualdade, no sentido de permitir a todos, no caso do direito à saúde, o acesso às mesmas ações e serviços.<sup>12</sup>

Por isso, não é possível, com o devido respeito, concordar com a decisão no tocante:

A questão apresentada pertine a colisão entre o princípio constitucional de proteção à saúde e a independência entre os poderes, com destaque à questão da sustentabilidade do sistema de acesso à saúde previsto constitucionalmente.<sup>13</sup>

Na realidade, trata-se de choque do direito à saúde versus o direito à saúde, o primeiro de forma individual e o segundo de forma coletiva, por meio de políticas públicas, pois os recursos públicos são insuficientes para as necessidades sociais e é necessário decidir onde investir, o que não é uma decisão fácil. Quando se retira uma parte do orçamento destinado à política pública, um grupo de cidadãos ficará prejudicado no tocante aos serviços e ações, em face do cidadão individual o qual conseguiu uma realocação de recurso para ter seu atendimento ilimitado à saúde.

Neste aspecto, com maestria apontou o venerando acórdão:

Por ocasião da eleição dos medicamentos/tratamentos a serem fornecidos, diversos aspectos, à escolha do Executivo, devem ser sopesados, entre eles o custo do medicamento, o índice de incidência da patologia, e a comprovação do benefício no uso do tratamento/medicamento. Assim, efetuada a ponderação entre o princípio da igualdade e do mínimo vital, é razoável que o Estado forneça medicamentos que proporcionem o atendimento do maior número de pessoas possível, com a maior efetividade (benefício comprovado).<sup>14</sup>

Portanto, as listas de medicamentos elaboradas pelo SUS estão embasadas em estudos técnicos, com arrimo em conhecimento específico, onde constam as opções do Poder Público de acordo com suas possibilidades financeiras.

10 FERRAZ, Octávio Luiz Motta. De quem é o SUS? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhasus.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

11 *Ibidem*.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR STA 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28175%2ENUME%2E+OU+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcord aos>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.



Por consequência, não há reparos a se fazer quando consta da fundamentação:

Não obstante, esse direito subjetivo público assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção ou recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperam a saúde.<sup>15</sup>

Os recursos devem ser aplicados de forma eficiente, pois não há como negar a sua escassez, como já dito. Portanto,

(...) o direito à saúde deve ser interpretado como um direito à igualdade de condições (equidade) no acesso aos serviços de saúde que determinada sociedade pode fornecer com os recursos disponíveis.<sup>16</sup>

Os Presidentes do STF ao embasarem suas decisões de manutenção das decisões

recorridas de fornecimento de medicamentos não constantes das listas do SUS, em especial do programa de medicamentos de dispensação excepcional, acabam por fazer prevalecer o interesse individual sobre o coletivo, na medida em que consideram efetivado o direito à saúde quando determinado tratamento ou medicamento é assegurado.

A lista de medicamentos de dispensação excepcional refere-se ao tratamento de patologias específicas, que atinge número limitado de pacientes e apresentam alto custo, seja em razão de seu valor unitário, seja em razão de seu uso por período prolongado, mas já se encontram definidos.

Desta forma, não obstante basearem suas decisões na audiência pública e nos critérios então estabelecidos, bem como na análise dos pontos aqui enumerados, que constaram na fundamentação, na realidade continuam a decidir como antes e a concessão de medicamentos fora da lista ainda persiste.

Assim, apesar de entenderem pela não ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas e sim a implementação destas para o cumprimento do já estabelecido, há de fato ingerência, porque os medicamentos postulados e concedidos por medidas judiciais estão todos fora das listas do SUS e, conseqüentemente, ensejam uma realocação de recursos de uma política pública para o tratamento individual de pacientes que acessaram o Poder Judiciário.

## 7. Conclusões.

Chegamos ao fim desse estudo, no qual se propunha debruçar sobre a análise da jurisprudência do STF após a realização da audiência pública nº 4.

Para tanto, fez-se necessário começar a analisar a evolução do entendimento do Poder Judiciário desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Verificamos que de uma postura de não intervenção, em razão do modelo tradicional de direito

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, escassez e o judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2007. Disponível em: < <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhadireitosaude.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

administrativo, aos poucos a jurisprudência firmou-se no entendimento de fornecimento de medicamentos, ou tratamentos, de forma ampla e irrestrita, a ensejar a implementação dos direitos sociais, ainda que sobre o prisma particular, pela via judicial.

A medida que o tempo passava, os pedidos também aumentaram, conseqüentemente, houve uma crescente preocupação dos gestores públicos e dos membros do Poder Judiciário de tal forma que o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, designou uma audiência pública, com a pretensão de discutir o tema.

Resultou desta a fixação de alguns parâmetros objetivos, os quais inclusive deram ensejo ao CNJ editar dois atos para recomendar aos juízes de primeiro grau como agir perante estes pedidos.

Em seguida, examinamos a jurisprudência do STF depois da audiência e constatamos que muitos dos argumentos ali deduzidos foram sopesados contribuindo para a evolução do entendimento do Tribunal.

Mesmo assim, apesar de usarem na fundamentação os critérios fixados na decisão da STA 175/CE, os Ministros Presidentes na realidade continuavam a decidir de forma a haver ingerência nas políticas públicas estabelecidas, pois, dos casos analisados, todos os medicamentos, ou tratamentos, estavam fora da lista do SUS.

Sem sombra de dúvida, todo este caminho foi percorrido para verificar que o tema ainda não se esgotou, pelo contrário, há necessidade de muita discussão, via encontros científicos, acadêmicos, congressos, artigos.

Portanto, concluímos que os critérios estabelecidos, bem como os atos editados pelo CNJ, não são aptos a exaurir o tema, já que ainda há predominância da microjustiça, via satisfação individual dos pedidos postulados em face do sistema de saúde e o interesse coletivo que o respalda, os quais não parecem ter sido enfrentados diretamente pelo STF e tampouco os são pelos juízes das instâncias inferiores.

## Bibliografia.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro: Luis Roberto Barroso & Associados Escritório de Advocacia, 2008. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 107, de 6 abr. 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31, de 30 mar. 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR STA 175/CE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28175%2ENUME%2E+OU+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SS 3073/RN*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 9 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283073%2ENUME%2E+OU+3073%2EDMS%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 91/AL*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891%2ENUME%2E+OU+91%2EDMS%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR RE 271.286-8/RS*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

CASTRO E COSTA, Flávio Dino. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Texas, v. 89, n. 7, p. 1643-1668, jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Right to health litigation in Brazil, an overview of the research. In: *Workshop "Right to health litigation? Can court enforced health rights improve health policy?"*. Buenos Aires: University Torquato di Tella, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1426011>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Between usurpation and abdication? The right to health in the Courts of Brazil and South Africa. *Social Science Research Network*, [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1458299>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. De quem é o SUS? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhasus.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Direito à saúde, escassez e o judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhadireitosaude.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Revista de Ciências Sociais*, [S.l.], v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista Magister de Direito civil e Processual Civil Repositório Autorizado de Jurisprudência Superior Tribunal de Justiça nº 63/2008*, [S.l.], n. 30, ano V, p. 8-30, 2008.

I Fórum Nacional do Judiciário: Justiça faz bem à saúde. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 124, p. 52-61, nov. 2010.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na concretização dos direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*, Porto Alegre, n. 65, ano 18, p. 31-53, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 18, ano 5, p. 169-186, jul./set. 2007.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Paulo Lígia. Um diálogo pela igualdade: estratégias para o fortalecimento do movimento de direitos humanos no hemisfério sul. In: DORA, Denise Dourado (Org.). *Direito e mudança social – projetos de promoção e defesa de direitos apoiados pela Fundação Ford no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123-163.

WANG, Daniel; TERRAZAS, Fernanda. *Decisões da Ministra Ellen Gracie sobre medicamentos*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=66](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=66)>. Acesso em: 29 ago. 2011.