

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Talita Viza Dias

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS RELATIVAS AO DIREITO
À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO:
em defesa da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e
do modelo constitucional do processo**

Belo Horizonte

2012

Talita Viza Dias

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS RELATIVAS AO DIREITO
À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO:
em defesa da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e
do modelo constitucional do processo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D541f Dias, Talita Viza
Fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde no estado democrático de direito brasileiro: em defesa da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional do processo / Talita Viza Dias. Belo Horizonte, 2012.
200f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Decisão (Direito). 2. Direito à saúde. 3. Estado de direito. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Talita Viza Dias

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS RELATIVAS AO DIREITO
À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO:
em defesa da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e
do modelo constitucional do processo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Flaviane de Magalhães Barros (Orientadora) – PUC Minas

José Luis Bolzan de Moraes - UNISINOS

Dierle José Coelho Nunes – PUC Minas

Belo Horizonte, 13 de março de 2012

À minha amada mãe, fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo cuidado constante e por renovar minhas forças e esperança de concluir o presente trabalho, em especial, por colocar pessoas incríveis em minha vida, que trouxeram contribuições, para o meu aprendizado, para que eu persistisse no caminho da pesquisa e do ensino e para o desenvolvimento de minhas potencialidades, cada uma de forma ímpar.

À professora Flaviane de Magalhães Barros, pelas orientações preciosas, pelos estudos dirigidos, pela atenção, compreensão e generosidade.

Ao Diogo, meu companheiro de todas as horas, pelo amor, suporte, incentivo e pelas criteriosas leituras que enriqueceram meu trabalho.

Aos meus pais, irmãos, sogros, familiares e amigos, pelo apoio e carinho cruciais em minha vida.

À professora e amiga Luzia Werneck, pelo fraterno e providencial acolhimento.

Ao professor Fernando Horta Tavares, pela motivação e oportunidades concedidas para o desenvolvimento de estudos e atividades acadêmicas, na iniciação científica e no grupo de estudos, que foram responsáveis pela decisão de me dedicar à carreira acadêmica.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES – pelo fomento à pesquisa, que proporcionou um maior aproveitamento das atividades e estudos realizados.

Aos professores que lecionaram importantes disciplinas no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, Dierle Nunes, Fernando Horta Tavares, Flaviane de Magalhães Barros, José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, Leonardo Marinho, Marcelo Campos Galuppo, Rita Fazzi, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Rosemiro Pereira Leal, que contribuíram para minha formação.

Aos ensinamentos dos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Jânia Maria Lopes Saldanha, José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck, Sandra Regina Martini Vial e Wilson Engelmann, que enriqueceram meus estudos.

Aos colegas de classe, pelos relevantes diálogos, trabalhos conjuntos e pelas valiosas experiências compartilhadas.

“Estamos ainda à espera de explicação e, enquanto esperamos, as teorias ficam cada vez mais programáticas e menos substanciais, mais radicais na teoria e menos críticas na prática”. (DWORKIN, 2010, p. 19).

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo o estudo da fundamentação das decisões judiciais relativas ao direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro. Por meio da interlocução entre a teoria da integridade do direito formulada por Dworkin e da teoria do discurso jurídico de Habermas foi possível identificar três tipos de interpretação judicial, adotadas para o julgamento dos pedidos de concessão judicial de medicamento, as quais foram denominadas: radical liberal, radical social e intermediária. A análise de tais interpretações conduziu à verificação da necessidade da construção de uma interpretação judicial constitucional democrática, aplicável ao direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro, demonstrada pelo estudo do caso emblemático selecionado, a partir da pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A proposta de uma interpretação judicial constitucional democrática foi desenvolvida a partir da interface de três eixos teóricos: a teoria da integridade do direito; a teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito brasileiro, no intuito de contribuir para o balizamento das fundamentações das decisões judiciais pertinentes, adequado à Constituição.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões judiciais, direito ao processo, direito à saúde, Estado Democrático de Direito brasileiro, modelo constitucional de processo, teoria do discurso jurídico, integridade do direito.

ABSTRACT

The present dissertation intends to study the judicial decision's basement of concerning the right to health in a democratic state. Through the dialogue between the theory of the law as integrity formulated by Dworkin and legal discourse theory of Habermas was possible to identify three types of judicial interpretation, adopted for the judgment about the requests for medication, which were named: radical liberal radical social and intermediate. The analysis of these interpretations led to the verification of the necessity of building a democratic constitutional judicial interpretation applicable to the right to health in a democratic state in Brazil, the study demonstrated the typical case selected from the research carried out under the jurisprudence of the Court Justice of Minas Gerais. The proposal for a democratic constitutional judicial interpretation was developed from the theoretical interface of three axes: the theory of law as integrity, the theory of legal discourse and the constitutional model of process in a democratic state of Brazil, in order to contribute to the marking the reasoning of judicial decisions relevant to the proper constitution.

Keywords: Basement of judicial decisions, right to process, right to health, democratic state Brazil, the constitutional model of the process, theory of legal discourse, law as integrity.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ampl. - Ampliada

Art. – Artigo

Atual. – Atualizada

Coord. - Coordenação

Des. - Desembargador

Dj. – data do julgamento

Dp. – data da publicação

Ed. – Edição

F. - folha

Impres. – Impressão

Min. – Ministro

N. - Número

Org. – Organização

P. – Página

Rel. - Relator

Sr. - Senhor

LISTA DE SIGLAS

ABRASCO – Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva
ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental
AgR – Agravo Regimental
ANVISA – Associação Nacional de Vigilância Sanitária
CACON – Centro de Alta Complexidade
CAP – Caixa de Aposentadoria e Pensão
CEBES – Centro Brasileiro de Estudos em Saúde
CFM – Conselho Federal de Medicina
CPC - Código de Processo Civil
CR – Constituição da República
EMEA – European Medicines Agency
FDA – Food and Drug Administration
FTN – Formulário Terapêutico Nacional
FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz
IAP – Instituto de Aposentadoria por Categoria Profissional
INPS – Instituto Nacional de Previdência Social
MC – Medida cautelar
MS – Ministério da Saúde
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SES – Secretaria de Estado de Saúde
SMD – Síndrome mielodisplásica
SS – Suspensão de segurança
STA – Suspensão de Tutela Antecipada
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TRF – Tribunal Regional Federal
UFBA – Universidade Federal da Bahia
UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2 O JULGAMENTO DO CASO LILIAM	27
2.1 Voto 1	27
2.2 Voto 2	29
2.3 Voto 3	30
2.4 Voto 4	30
2.5 Voto 5	31
2.6 Voto 6	33
2.7 Voto 7	33
2.8 Voto 8	35
2.9 Voto 9	35
2.10 Decisão	36
2.11 Embargos de declaração	36
2.12 Considerações iniciais sobre o julgamento do caso Liliam	36
3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	39
3.1 A integridade do direito em Dworkin	39
3.2 A teoria do discurso jurídico em Habermas	43
3.3 O modelo constitucional de processo e a função jurisdicional no Estado Democrático de Direito brasileiro	48
3.4 Contribuições do estudo da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional do processo no Estado Democrático de Direito brasileiro para a fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde	57
4 INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL RADICAL LIBERAL	60
4.1 Contextualização da história institucional do direito à saúde no Brasil	61
4.1.1 <i>Panorama geral anterior à primeira Constituição brasileira.....</i>	62
4.1.2 <i>Direito à saúde no constitucionalismo imperial da Constituinte de 1823 à consolidação do Estado brasileiro no Segundo reinado.....</i>	65
4.1.3 <i>Direito à saúde no constitucionalismo liberal de 1891</i>	67
4.1.4 <i>Direito à saúde na Revolução de 1930 e seus desdobramentos O Brasil sob Vargas, 1930-1954.....</i>	72
4.1.5 <i>Direito à saúde no constitucionalismo brasileiro do pós-guerra</i>	74
4.1.6 <i>Direito à saúde na autocracia militar de 1964-85.....</i>	78
4.1.7 <i>Direito à saúde no processo de (re)democratização e o constitucionalismo democrático de 1988</i>	81
5 INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL RADICAL SOCIAL	87
5.1 A concepção garantista dos direitos fundamentais de Ferrajoli	87
5.2 A concepção procedimentalista dos direitos fundamentais de Habermas	97

6 INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL INTERMEDIÁRIA	103
6.1 Audiência Pública – Saúde	105
6.2 Voto do Acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada175/CE	107
6.3 Problematização dos critérios adotados na interpretação jurisdicional intermediária	114
6.3.1 <i>Divisão de competência e responsabilidade dos entes federativos</i>	118
6.3.2 <i>Medicamento registrado na ANVISA</i>	119
6.3.3 <i>Negativa do fornecimento do medicamento pelo SUS</i>	123
6.3.4 <i>Prescrição de medicamento por profissional de saúde credenciado ao SUS</i>	130
6.3.5 <i>Imprescindibilidade do medicamento pleiteado e comprovação da inadequação dos medicamentos fornecidos pelo SUS</i>	132
6.3.6 <i>Hipossuficiência</i>	132
7 INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA	135
7.1 Análise do julgamento do caso Liliam	137
7.1.1 <i>Interpretações adotadas no julgamento do caso Liliam</i>	137
7.1.1.1 <u>Voto 1</u>	137
7.1.1.2 <u>Voto 2</u>	137
7.1.1.3 <u>Voto 3</u>	138
7.1.1.4 <u>Voto 4</u>	138
7.1.1.5 <u>Voto 5</u>	139
7.1.1.6 <u>Voto 6</u>	140
7.1.1.7 <u>Voto 7</u>	140
7.1.1.8 <u>Voto 8</u>	141
7.1.1.9 <u>Voto 9</u>	142
7.1.2 <i>Etapa pré-interpretativa: identificação das regras e os padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática</i>	142
7.1.3 <i>Etapa interpretativa: justificativa geral para os principais Elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa</i>	143
7.1.4 <i>Etapa pós-interpretativa ou reformuladora: ajuste daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa</i>	144
7.1.5 <i>Aplicação da interpretação jurisdicional constitucional Democrática no caso Liliam</i>	146
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
REFERÊNCIAS	152
APÊNDICE	159

1 INTRODUÇÃO

Um dos principais alvos de embate acerca da implementação do direito à saúde no Brasil é a alegada “interferência” da função jurisdicional, nas esferas de competência das funções legislativa e executiva, pois as decisões jurisdicionais relacionadas à prestação de serviços destinados à saúde em face do Estado refletiriam na expressiva alteração da previsão orçamentária e da gestão administrativa, formuladas para tanto.

O problema é que muitos argumentos utilizados em tais discussões demonstram uma incompreensão do direito ao processo no Estado Democrático de Direito brasileiro e da função jurisdicional, bem como uma grande falta de reconhecimento do desenvolvimento histórico do direito à saúde no Brasil, de compreensão do funcionamento do sistema único de saúde e de algumas questões relevantes ligadas às ciências médicas.

A escolha de abordar sobre a fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde se deveu em virtude do inconformismo gerado diante dos argumentos e fundamentos observados nas discussões acerca da chamada judicialização do direito à saúde, principalmente ao se deparar com fundamentos inconstitucionais, radicais e contraditórios lançados nas decisões judiciais relativas ao tema.

Embora a discussão sobre o papel da função jurisdicional, no âmbito das políticas públicas de saúde no Brasil não seja uma tarefa simples, por abranger aspectos jurídicos complexos, atrelados a questões filosóficas, políticas, econômicas e sociais, que precisam ser desmitificados, decidiu-se enfrentá-lo devido à sua relevância na atualidade em que se depara, de um lado, com a conquista constitucional da saúde como um direito fundamental, e de outro, com o descumprimento do dever estatal de implementação desse direito, o que acaba resultando em uma questão que deságua numa discussão processual acerca do direito à saúde.

O objetivo desta pesquisa foi ampliar e aprofundar as discussões relativas ao direito ao processo e à saúde, afastando os posicionamentos radicais e os critérios incoerentes e não problematizados, que resultam em julgamentos inconstitucionais, que não consideram as peculiaridades do caso concreto e os argumentos e provas produzidas pelas partes, para a construção das decisões jurisdicionais.

Ciente do desafio que representa a referida discussão e tendo em vista a limitação cronológica e o corte metodológico proposto de analisar a questão do direito à saúde nos limites da discussão sobre a fundamentação das decisões jurisdicionais, pretendeu-se elaborar a presente dissertação, sob um viés propedêutico, vez que as discussões concernentes ao tema são fontes inesgotáveis de questionamentos no atual cenário brasileiro, requerendo, assim, o desenvolvimento de inúmeras pesquisas científicas adequadas ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

A complexidade do tema ensejou a escolha da metodologia do “estudo de caso”, desenvolvida por Robert K. Yin, na qual se “investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos” (YIN, 2001, p.32).

Tal metodologia é útil para a “compreensão que temos dos fenômenos individuais, organizacionais, sociais e políticos”, vez que sua aplicação visa a: “explicar os vínculos causais em intervenções da vida real, que são complexas demais para as estratégias experimentais ou aquelas utilizadas em levantamentos”; “descrever uma intervenção e o contexto na vida real em que ela ocorre”; “ilustrar certos tópicos dentro de uma avaliação” e “explorar aquelas situações nas quais a intervenção que está sendo avaliada não apresenta um conjunto simples e claro de resultados.” (YIN, 2001, p. 34).

Assim, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial, para o levantamento dos fundamentos utilizados atualmente nas decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pretendendo evidenciar, por meio do relato e análise de um caso emblemático, a necessidade de revisão da fundamentação das decisões jurisdicionais relativa ao direito à saúde.

A escolha do caso analisado resultou do procedimento iniciado pela definição de que o “universo da pesquisa” seria composto pelas decisões jurisdicionais proferidas no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos anos de 2010 e 2011, referentes às demandas jurisdicionais individuais, relativas ao direito à saúde, especialmente, aquelas cujos pedidos se referem à prestação estatal de medicamento, “produto farmacêutico com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.” (BRASIL, 1998).

Atualmente existem quatro grupos de câmaras cíveis competentes para o julgamento de tais pedidos, conforme definição prevista no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Cada grupo é composto por duas câmaras e cada uma é formada por cinco desembargadores. Assim, quarenta julgadores possuem competência para processar e julgar tais conflitos, seja pela via recursal, como nos casos de ações judiciais instauradas perante o juízo da fazenda municipal ou estadual, seja pela via originária, mediante Mandado de Segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado de Saúde de Minas Gerais.

A pesquisa jurisprudencial realizada no *site* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais utilizou os argumentos “direito”, “saúde”, “fornecimento”, “medicamento”, “SUS” e “critérios”, obtendo como resultado a relação de 1.947 decisões. Selecionou-se, pelo menos, um acórdão em que cada um dos desembargadores competentes tivesse participado como relator.

Apesar de a escolha das decisões ter sido realizada de forma aleatória, nos momentos em que se deparou com mais de uma decisão do mesmo relator, optou-se por decisões recentes e que expusessem os fundamentos dos votos de todos os desembargadores que fizeram parte do julgamento pesquisado.¹

Por fim, selecionou-se o caso Liliam², descrito no segundo capítulo, tendo em vista que seu julgamento foi composto por nove votos que demonstram as diversas interpretações identificadas na pesquisa jurisprudencial acerca do tema, albergando, ainda, os principais argumentos e critérios constantes nas fundamentações das decisões jurisdicionais pertinentes, no âmbito do TJMG. (MINAS GERAIS, 2011).

Para a compreensão das divergências identificadas, primeiramente, foi necessário o estudo da obra “O império do direito” redigida por Ronald Dworkin (2010), vez que aponta quais os tipos de questões suscitadas nas divergências apresentadas em decisões jurisdicionais e enfrenta a questão da discricionariedade das decisões jurisdicionais, propondo uma solução para a racionalização e adequação das decisões, por meio do princípio da integridade do direito, de maneira a evitar que as leis sejam reduzidas àquilo que os juízes afirmam.

Os estudos da obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” de Jürgen Habermas (1997a; 1997b), também contribuíram para o desenvolvimento da

¹ A relação das decisões jurisdicionais analisadas e a explicitação de suas ementas, consta no apêndice B.

² O inteiro teor do acórdão que julgou o caso Liliam foi disponibilizado no apêndice A.

pesquisa, porque desenvolve uma compreensão paradigmática do direito, elucidando o conjunto de sentidos predominantes no Estado liberal, social e democrático de direito.

Foi importante, ainda, o estudo da teoria do discurso jurídico, desenvolvida por Habermas, a qual incrementa a teoria da integridade do direito ao reforçar a necessidade da participação das partes na construção das decisões, considerando que “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”. (HABERMAS, 1997b, p. 278).

Além disso, foi imprescindível o estudo do modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito brasileiro, em que se considera o processo como garantia de concretização de direitos fundamentais, em consonância com o balizamento principiológico uníssono assegurado na Constituição, para demonstrar a necessidade de revisão da fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde.

2 O JULGAMENTO DO CASO LILIAM

Conforme relatado nos autos do Mandado de Segurança nº 0639897-03.2010.8.13.0000, o caso Liliam refere-se ao pedido de fornecimento do medicamento Lenalidomida, tendo em vista que a autora recebera o diagnóstico de que portava a doença Mieloma Múltiplo, um tipo de câncer que se desenvolve na medula óssea e causa um extenso comprometimento ósseo e anemia. (MINAS GERAIS, 2011).

A impetrante teria iniciado seu tratamento com os medicamentos Bortezomibe (Velcade), Talidomida, além de corticosteróides e quimioterápicos, com certo êxito. Entretanto, após ter sido submetida a transplante de medula óssea, em 2010, tais fármacos teriam perdido a eficácia e ainda lhe estariam causando grave neuropatia periférica, que lhe provocaria a diminuição da sensibilidade, dormência, e dor em membros inferiores e superiores de seu corpo. (MINAS GERAIS, 2011).

Dessa forma, seu médico prescreveu o uso do medicamento Lenalidomida (Revlomid), por ser o único eficaz no combate à doença, sem lhe causar os referidos efeitos colaterais ou qualquer toxicidade neurológica. Esse medicamento, entretanto, ao contrário dos outros utilizados, não era registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). (MINAS GERAIS, 2011).

Aos 4 dias de novembro de 2010, Liliam impetrou Mandado de Segurança, por meio de sua advogada, perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, contra ato do Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais, que negou o fornecimento administrativo do medicamento pleiteado, sustentando a imprescindibilidade do medicamento Lenalidomida, pois seria o único capaz de controlar a doença diagnosticada; a falta de condições para arcar com o valor do medicamento de alto custo; que apesar da tentativa de obtenção do medicamento junto aos SUS, sua prestação foi negada, sob o argumento de que o medicamento não era contemplado pela assistência farmacêutica do Ministério da Saúde; a legitimidade do Estado de Minas Gerais, responsável solidário no fornecimento do medicamento pleiteado. (MINAS GERAIS, 2011).

O pedido de concessão do medicamento foi deferido, liminarmente, pelo desembargador relator Antônio Sérvulo, em 5 de novembro de 2010. (MINAS GERAIS, 2011).

Em contestação alegou-se que o pedido de prestação do medicamento Lenalidomida não poderia “prosperar”, devido à ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais, pois os tratamentos dos portadores de neoplasia somente poderiam ser fornecidos por meio dos Centros de Alta Complexidade (CACONs), financiados pelo Governo Federal e que, caso o medicamento fosse fornecido pelo Estado, tal repasse de verba não seria realizado pela União; que o pedido teria sido formulado com base em documentos médicos produzidos de forma unilateral, sem a observância do princípio do contraditório, ampla defesa e em desrespeito ao disposto nos artigos 333, 368 e 145 do Código de Processo Civil (CPC); que o medicamento pretendido seria importado; não autorizado pela ANVISA; que o medicamento pleiteado seria experimental; que seria necessária a produção de prova pericial, o que seria impossível no procedimento previsto para o Mandado de Segurança. (MINAS GERAIS, 2011).

Em 27 de janeiro de 2011, os autos foram remetidos para o parecer do representante do Ministério Público, o qual alegou a comprovação do direito líquido e certo da impetrante; que o uso da medicação requerida é medida imprescindível para o tratamento da enfermidade; que o Estado de Minas Gerais possui legitimidade para integrar o procedimento judicial, pois a criação de uma entidade responsável pelo tratamento de doenças cancerígenas visa a facilitar o acesso pelos pacientes, mas não pode se considerar que exime os órgãos públicos de qualquer responsabilidade por omissões e atos ilegais praticados por tal entidade; que o direito à saúde é um direito fundamental, sendo indiscutível o acesso aos medicamentos, devendo o Estado fornecê-los gratuitamente. (MINAS GERAIS, 2011).

O julgamento definitivo do pedido pelo terceiro grupo de câmaras cíveis teve início em 16 de março de 2011, sendo concluído em 15 de julho de 2011. A fundamentação dos nove votos proferidos foi explicitada adiante, para posterior análise. (MINAS GERAIS, 2011).

2.1 Voto 1

O desembargador relator Antônio Sérvulo proferiu voto concedendo a segurança, sob o fundamento de que o direito à saúde é um direito público subjetivo que “representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das

pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)” (MINAS GERAIS, 2011), sendo um bem jurídico por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o “Poder Público”, “a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.” (MINAS GERAIS, 2011).

Afirmou que a “concessão do medicamento negado pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário, não consiste em interferência de um Poder no outro”, pois sua função seria “rever os atos ilegais praticados pela Administração Pública”. (MINAS GERAIS, 2011).

Ao analisar o caso concreto considerou a comprovação do direito líquido e certo da impetrante, com a efetiva demonstração da enfermidade que a acomete, pela juntada de relatórios médicos. Considera que fora evidenciada a necessidade da utilização do medicamento pleiteado, “impondo-se a concessão da ordem mandamental”, vez que “temerária a negativa de seu fornecimento sob o argumento de que possui alto custo” (MINAS GERAIS, 2011).

Destacou, ainda, que “conforme informado pela impetrante às fls. 89/90, a autoridade coatora não vem cumprindo com a medida liminar já deferida”, (MINAS GERAIS, 2011), salientando “a necessidade e imprescindibilidade do medicamento à impetrante.”³ (MINAS GERAIS, 2011).

2.2 Voto 2

O desembargador André Leite Praça, de outro lado, proferiu voto denegando a segurança, devido à falta de registro do medicamento junto à ANVISA. (MINAS GERAIS, 2011).

Amparou seu voto no fundamento de que “em conformidade com o entendimento do colendo STF, não se pode forçar o estado a fornecer medicamento sem registro na ANVISA”. (MINAS GERAIS, 2011).

Ressaltou, ainda, que a Portaria nº 2.439/2005, que instituiu a Política Nacional de Atenção Oncológica, dispõe que é assegurado tratamento aos doentes com diagnóstico clínico ou definitivo de câncer através das Unidades de Assistência

³ É de se frisar que embora o fornecimento do medicamento tenha sido determinado por meio de decisão liminar, publicada em 5 de novembro de 2010, a parte autora noticiou em 24 de fevereiro de 2011 que o medicamento ainda não teria sido entregue.

de Alta Complexidade e dos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs), “não tendo, porém, a Impetrante comprovado que está em tratamento em Instituto credenciado como Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON”. (MINAS GERAIS, 2011).

2.3 Voto 3

O desembargador Maurício Barros acompanhou o voto do relator, acrescentando que “até mesmo os medicamentos sem registro na ANVISA devem ser fornecidos gratuitamente aos pacientes que padecem de câncer, em função da supremacia do direito à vida sobre a burocracia estatal”, tendo em vista que “ninguém pode afirmar que determinado medicamento é mais eficaz ou menos eficaz do que aqueles disponibilizados pelo Estado, para o tratamento de tão grave doença.” (MINAS GERAIS, 2011).

Ao divergir do fundamento apresentado pelo desembargador Leite Praça, afirmou: “não vejo como se possa obrigar o cidadão acometido de câncer a tratar-se em Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia, abrindo mão do médico da sua confiança”. (MINAS GERAIS, 2011).

Assim, expôs que considera que “os pacientes sofredores de câncer têm o direito líquido e certo de buscar o fornecimento de qualquer medicamento que lhe seja prescrito pelo seu médico, ainda que seja médico particular.” (MINAS GERAIS, 2011).

2.4 Voto 4

O desembargador Barros Levenhagen divergiu do voto do relator, afirmando que já possui “posição firmada sobre a matéria”, citando a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL - SAÚDE -MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS - INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO À INEFICIÊNCIA DOS MEDICAMENTOS DISPONIBILIZADOS - INDEFERIMENTO DO PEDIDO. Diante da ausência de registro do fármaco na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como da inexistência de comprovação de que os medicamentos disponibilizados pelo SUS são ineficazes ao tratamento médico de doença da qual é o autor acometido - ônus que lhe compete -, indefere-se pedido lançado nos autos da ação cominatória. (AC nº 1.0071.08.041962-6/005(1) Rel. Des. Manuel Saramago. Dj: 03/02/2011). (MINAS GERAIS, 2011).

Ressaltou que o “Supremo Tribunal Federal, na apreciação da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 (STA 175 - AgR/CE), após realização de Audiência Pública, com a participação de diversos e importantes setores da sociedade” (MINAS GERAIS, 2011), concluiu, categoricamente, que não de ser analisados os fundamentos com base nos quais a Administração Pública se nega ao fornecimento do medicamento, “se por simples omissão legislativa ou administrativa, se por definição de política pública quanto ao não fornecimento do fármaco ou se por expressa vedação legal.” (MINAS GERAIS, 2011).

Desse modo, no caso dos medicamentos não registrados na ANVISA seria vedado o seu fornecimento, nos termos da previsão contida nos artigos 12, 16 e 19 da Lei Federal nº 6.360/1976, “fora da excepcional hipótese estabelecida na Lei Federal nº 9.782/1999 (aquisição de medicamentos por intermédio de Organismos Multilaterais Internacionais, para uso de programa em saúde pública pelo Ministério da Saúde)”. (MINAS GERAIS, 2011).

2.5 Voto 5

A desembargadora Áurea Brasil, também proferiu voto denegando a segurança pleiteada. Fundamentou que, se por um lado os artigos 196 e 197 da Constituição da República asseguram o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, de outro lado, determina o cabimento ao “Poder Público” de dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação. (MINAS GERAIS, 2011).

Salientou que “para atender a postulações de drogas específicas, não padronizadas, em favor de cada indivíduo integrante da sociedade, o Estado teria que dispor de orçamento ilimitado para tanto - o que, como se sabe, não ocorre”. (MINAS GERAIS, 2011).

Sob o argumento de que seria finito o orçamento estatal, interpretou que o “certo é que, nos termos da Constituição da República, ao “Poder Público” cabe dispor, através de leis, sobre a política de saúde, com vistas a garantir o acesso universal e igualitário daqueles que necessitem.” (MINAS GERAIS, 2011). Assim:

[...] não seria razoável exigir-se, da Administração Pública - que se organiza, com vistas a cumprir o comando constitucional, padronizando procedimentos e estabelecendo protocolo de tratamentos para o alcance universal e igualitário dos serviços de saúde -, que venha a prestar, individual e especificamente, a medicação prescrita por médico particular a

seu paciente, sem que esta tenha sido selecionada no protocolo de tratamento do setor público. (MINAS GERAIS, 2011).

Por tais fundamentos concluiu que para a concretização do direito à saúde, o “Poder Público” deve agir seletiva e distributivamente, buscando a universalização deste serviço. Por isso, a determinação, pelo “Poder Judiciário”, de fornecimento de droga prescrita por médico particular, de alto custo, não padronizada, constituiria “ingerência indevida na esfera de competência do Poder Executivo, na política de distribuição da saúde à coletividade. E acabaria por inviabilizar a universalização das ações de saúde.” (MINAS GERAIS, 2011).

Segundo explicitado pela desembargadora em referencia, o direito à saúde não seria absoluto, “em razão da supremacia do interesse coletivo, bem como dos princípios previstos no art. 37 da CF”. Assim, caberia ao administrador “gerir com probidade os recursos públicos, distribuindo os serviços e funções de maneira a facilitar a fiscalização e, assim, reduzir os gastos.” (MINAS GERAIS, 2011).

Referiu-se ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (AgR STA nº 175/CE), afirmando ser “vedado, à Administração Pública, fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA” e apontou que essa regra não seria absoluta, pois “em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA”. (MINAS GERAIS, 2011).

Citou, ainda, o posicionamento emitido pelo Ministro Gilmar Mendes de que:

[...] independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. (MINAS GERAIS, 2011).

De acordo com a desembargadora em referência, ainda que se admita a possibilidade de dispensa desse registro em casos excepcionais, seria necessário, para tanto, uma autorização prévia da ANVISA, “que demandaria um procedimento interno no qual se ateste a segurança do tratamento e a ausência de similares no mercado, o que não ocorreu na espécie”. Afirma que a questão “não pode ser examinada na via estreita do mandado de segurança, que sequer comporta dilação probatória.” (MINAS GERAIS, 2011).

Por tais fundamentos, entendeu que além da ausência de comprovação do direito líquido e certo da impetrante à obtenção do medicamento Lenalidomida, “tampouco restou configurada a ilegalidade do ato do Sr. Secretário de Saúde, que está em consonância com os ditames da Lei Federal n. 6.360/76.” (MINAS GERAIS, 2011).

2.6 Voto 6

O desembargador Edivaldo George dos Santos também proferiu voto denegando a segurança, partindo do posicionamento de que não nega, em momento algum, “que a CF garante a todos, indistintamente, o pleno acesso à saúde, de modo que ao usuário do SUS - Sistema Único de Saúde é garantido o atendimento que possibilite o seu tratamento de forma adequada e integral.” (MINAS GERAIS, 2011).

Todavia, asseverou que isso “não significa que seja possível obrigar-se o Estado (*latu sensu*), a praticar autêntico descaminho, ou, mesmo, a promover a comercialização de um medicamento sem registro na ANVISA.” (MINAS GERAIS, 2011).

Apresentou como fundamento a orientação do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.989/PI, em 7 de abril de 2010, nos seguintes termos: “como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.” (MINAS GERAIS, 2011).

2.7 Voto 7

O desembargador Edilson Fernandes proferiu voto concedendo a segurança, por considerar que no caso concreto foi comprovado que “a paciente está acometida por grave doença tumoral e utilizou anteriormente outras opções terapêuticas sem êxito em seu tratamento de saúde.” (MINAS GERAIS, 2011).

Salientou que ficou demonstrado que “o fármaco solicitado é de vital importância para o controle de sua enfermidade, não existindo prova robusta capaz de desfazer as afirmações do médico que a acompanha no sentido de necessidade da medicação.” (MINAS GERAIS, 2011). Acrescentou, ainda, que “a controvérsia

relacionada ao registro do remédio perante a ANVISA para posterior viabilidade de sua concessão a cargo do Poder Público já foi matéria apreciada pela colenda Sexta Câmara Cível”, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0456.10.001870-8/001, da relatoria da desembargadora Sandra Fonseca (dj. 08.02.2010). (MINAS GERAIS, 2011).

Segundo o referido desembargador, no citado acórdão, se discutiu exatamente a possibilidade de concessão do “fármaco ora pleiteado (Lenalidomida), sendo ressaltado, pelo próprio Poder Público, que a droga já se encontrava registrada por agências regulamentadoras americanas e européias.” (MINAS GERAIS, 2011). Citou a nota técnica emitida pela Secretaria Estadual de Saúde, que informa que:

[...] a lenalidomida está indicada pelas agências reguladoras de medicamentos dos Estados Unidos e da União Européia, a saber, respectivamente, Food and Drug Administration (FDA) e European Medicines Agency (EMA), no tratamento da síndrome mielodisplásica (SMD) associada a uma mutação genética específica (deleção da parte q do cromossomo 5), com um risco baixo a intermediário de progressão para leucemia ou morte e no tratamento do mieloma múltiplo, em associação com o fármaco dexametasona para pacientes que já tenham recebido pelo menos um tratamento anterior (ff. 86/87, cit. autos). (MINAS GERAIS, 2011).

Desse modo, noticiou que o “Poder Público”, no julgamento do mencionado Agravo de Instrumento, “não corroborou a impossibilidade de aquisição do fármaco em virtude da ausência de seu registro perante a ANVISA, apenas registrando a necessidade de uma autorização especial para sua importação”, ressaltando que:

[...] O medicamento lenalidomida não possui registro de autorização junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), logo não possui autorização para comercialização no país. Trata-se, portanto, de um medicamento importado, e para que ocorra a aquisição do mesmo é necessária a solicitação de uma autorização especial da ANVISA, o que demanda o cumprimento de prazos legais e se torna um processo relativamente demorado (f. 87, cit. autos). (MINAS GERAIS, 2011).

Conclui que “em síntese, o caso concreto não possibilita a recusa de fornecimento da droga pela autoridade dita coatora”, uma vez que seus setores especializados “já reconhecerem a eficácia da medicação no tratamento de doenças cancerígenas, bem como a possibilidade de sua importação, ainda que para isso seja necessária uma autorização especial da ANVISA.” (MINAS GERAIS, 2011).

2.8 Voto 8

O desembargador Elias Camilo, proferiu voto em que denegou a segurança pleiteada, elencando a motivação de que o direito à saúde, “que é da categoria dos direitos de segunda geração, impõe ao Estado um dever de prestação positiva, sendo imprescindível a sua concretização”, dado o seu relevante “significado social e valor constitucional inoldável, qualificando-se como direito fundamental da pessoa humana.” (MINAS GERAIS, 2011).

Todavia, ressaltou que tratando-se de direito social fundamental, ao Estado compete o encargo de sua efetivação, em regra, através do adimplemento de “prestações positivas, por meio da tomada de providências satisfatórias, sob pena de violação do texto constitucional, por descumprimento total - inércia absoluta - ou parcial - adoção de medida insuficiente”. (MINAS GERAIS, 2011).

Afirmou que não vislumbrou a plausibilidade do alegado direito líquido e certo da impetrante, uma vez que o medicamento não é aprovado pela ANVISA. (MINAS GERAIS, 2011).

Fundamentou, ainda, que “é de sabença geral a finitude de recursos do Estado brasileiro”, o que requer “a máxima cautela em demandas desse jaez, a fim de que não haja indevida intervenção judicial na política de concessão de medicamentos não registrados junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.” (MINAS GERAIS, 2011).

2.9 Voto 9

O desembargador Manuel Saramago, proferiu voto concedendo a segurança pleiteada sem apresentar os fundamentos de seu julgamento. (MINAS GERAIS, 2011).

2.10 Decisão

Por meio do acórdão proferido pelo 3º Grupo de Câmaras Cíveis do TJMG sobre o caso Liliam, publicado em 15 de julho de 2011, denegou-se a segurança, vez que dos nove votos proferidos, quatro votos foram favoráveis e cinco votos contrários à concessão do medicamento pleiteado. (MINAS GERAIS, 2011).

2.11 Embargos de declaração

Foram opostos embargos de declaração sobre o acórdão proferido, tendo em vista que a procuradora da impetrante havia pugnado pela extinção do procedimento, sem resolução de mérito, em 7 de junho de 2011, pedido este que já havia sido deferido em 15 de junho de 2011, devido ao falecimento de Liliam, em 25 de abril de 2011, em decorrência da doença, conforme certidão de óbito juntada aos autos. (MINAS GERAIS, 2011).

Em face da contradição existente entre a decisão que julgou extinto o procedimento sem resolução de mérito e o julgamento realizado pelo 3º Grupo de Câmaras Cíveis do TJMG, os embargos foram acolhidos, para desconstituir o acórdão embargado. (MINAS GERAIS, 2011).

2.12 Considerações iniciais sobre o julgamento do caso Liliam

A exposição da relatada decisão, por si só, demonstra os problemas existentes nas fundamentações das decisões jurisdicionais relacionadas ao direito à saúde, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quais sejam: fundamentações pautadas na discricionariedade⁴ e no argumento de autoridade; a falta de espaços de consenso sobre o tema; interpretações radicais e contraditórias sobre a função jurisdicional diante dos pedidos referentes ao direito à saúde; a falta de vinculação dos fundamentos da decisão às peculiaridades do caso concreto (alegações e provas das partes).

⁴ Conforme esclarece Felipe Machado, Dworkin explicita que haveria discricionariedade quando o julgador, no ato decisório, não se encontra limitado pelos padrões de um regulamento ou por aqueles estipulados por uma autoridade superior. (MACHADO, 2009, p. 131).

Além disso, suscita várias perguntas. Uma delas é: por que existem tantos posicionamentos contraditórios no bojo da decisão explicitada?

A partir dos estudos da obra “O império do direito”, elaborada por Dworkin, vislumbrou-se a explicação de que as divergências apresentadas pelos julgadores se devem ao fato de que “os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: as questões de fato, as questões de direito e as questões interligadas de moralidade de política e fidelidade”. (DWORKIN, 2010, p. 5-6).

Em sua obra, Dworkin confere maior destaque àquelas divergências relacionadas às questões de direito, pois entende que nas divergências relacionadas às questões de fato⁵ seria possível identificar, de forma direta, sobre o que os julgadores estariam divergindo e qual a evidência seria necessária para a decisão dessa questão. No caso das divergências acerca das questões interligadas de moralidade de política e fidelidade, afirma que quando estas se manifestam no tribunal não suscitam “nenhum problema especial”. (DWORKIN, 2010, p. 6).

Já as questões de direito seriam aquelas que mais produziram questionamentos jurídicos, podendo manifestar-se sob duas perspectivas diferentes: quanto aos aspectos empíricos sobre o direito, ou sobre os fundamentos do direito. (DWORKIN, 2010, p.6).

Elucida Dworkin que os aspectos empíricos sobre o direito estariam relacionados às palavras que estariam nos textos normativos, acarretando embates do mesmo tipo daqueles ocorridos nas questões de fato, pois se referem àquilo que “os repertórios de legislações e as decisões precedentes têm a dizer”. (DWORKIN, 2010, p. 8).

De outro lado, as divergências relativas aos fundamentos do direito apresentam-se mais problemáticas, pois se tratam de questões teóricas sobre o direito, nas quais os julgadores “divergem, em grande parte ou em detalhes sutis, sobre a melhor interpretação de algum aspecto pertinente do exercício da jurisdição”. (DWORKIN, 2010, p. 109).

A opção pelo aporte teórico de Dworkin decorre justamente da abordagem realizada em sua obra “O Império do direito”, que além de esclarecer as principais divergências jurídicas presentes em uma decisão judicial, enfrenta de forma

⁵ Segundo Dworkin, as questões de fato referem-se a “fatos concretos” e “históricos”, envolvidos na demanda judicial. (DWORKIN, 2010, p. 6).

aprofundada as divergências teóricas, com o objetivo de “criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito” (DWORKIN, 2010, p.15), apresentando, ainda, os “argumentos sobre aquilo que torna uma interpretação de uma prática social melhor que outra, e sobre a exposição do direito que oferece a interpretação mais satisfatória dessa prática complexa e crucial”. (DWORKIN, 2010, p.107).

Tais delineamentos foram importantes para compreensão dos embates suscitados nas fundamentações das decisões judiciais relativas ao direito à saúde e para nortear o enfrentamento das questões que lhe são peculiares.

Desse modo, a teoria da integridade do direito representou o primeiro eixo teórico que serviu de amparo para a formulação e defesa de uma interpretação judicial constitucional democrática a ser aplicada na fundamentação das decisões judiciais relativas ao direito à saúde.

3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

3.1 A integridade do direito em Dworkin

O estudo realizado por Dworkin, sobre a construção das decisões jurisdicionais, procura corrigir as incoerências das fundamentações, por meio do princípio da integridade do direito. (DWORKIN, 2010).

Dworkin salienta que além da importância de entender o modo como os juízes decidem as causas, “saber o que eles pensam que é o direito, e, quando divergem sobre esse assunto, o tipo de divergência que estão tendo, também importa.” (DWORKIN, 2010, p. 5).

Apresenta como problema central a questão de que “as pessoas se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo” (DWORKIN, 2010, p. 3), o que, muitas vezes, traduz-se numa situação em que “a diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte.” (DWORKIN, 2010, p. 3).

De acordo com Dworkin, nossa cultura nos apresenta as instituições jurídicas e a ideia de que elas formam um sistema, mas “a questão de quais características próprias as fazem combinar-se para formar um sistema jurídico bem definido faz parte do problema interpretativo.” (DWORKIN, 2010, p. 114).

Segundo Cattoni de Oliveira, Dworkin “pressupõe que o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado, nem se dissolve em diretrizes políticas a serem legítimas em razão de sua eficácia ótima”. (OLIVEIRA, 2007a, p. 88).

Assim, Dworkin entende que o Direito possui uma atitude construtiva, tendo em vista que “sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado” (DWORKIN, 2010, p. 492). E, além disso, “uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.” (DWORKIN, 2010, p. 492).

Para Habermas, a teoria da integridade do direito representa uma importante contribuição para a resolução do problema da racionalidade da jurisdição, pois defende que as decisões judiciais devem “satisfazer, simultaneamente os critérios da segurança do direito e a aceitabilidade racional”. (HABERMAS, 1997a, p. 297).

Por meio da formulação e defesa do princípio da integridade, Dworkin demonstra a necessidade de fazer com que as “normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 2010, p. 264).

Para explicar o modo como os julgadores deveriam conceber a integridade do direito, Dworkin constrói a ideia do “romance em cadeias” em que ilustra uma proposta de redação de um romance a um grupo de romancistas de modo que cada um deveria interpretar os capítulos que recebesse para a elaboração de sua parte da obra, de modo coerente. Esses escritores deveriam, para isso, considerar o que fosse redigido anteriormente, e pensar naquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. (DWORKIN, 2010, p. 276).

O entendimento harmonioso que decorreria de tal empreendimento comum, permitiria que o conteúdo do direito não dependesse de “convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”. (DWORKIN, 2010, p. 489).

Segundo Dworkin, os juízes devem limitar o desempenho de seu papel de julgar, respeitando a verdadeira história política de uma comunidade, interpretando a prática jurídica e, nos casos difíceis, em que sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado, deve fazer uma escolha perguntando-se sobre “qual delas apresenta-se em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo”. (DWORKIN, 2010, p.306).

Apesar de considerar que cada pessoa possui suas próprias convicções e ideias de justiça e equidade, afirma que a integridade torna-se um ideal político quando “insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos”. (DWORKIN, 2010, p. 202).

A integridade exige uma conformação nas concepções de equidade, justiça e devido processo legal. Ao se aplicar o princípio da integridade na concepção de equidade, “uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada”. (DWORKIN, 2010, p. 203).

Já a integridade da concepção de justiça de uma comunidade “exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito.” (DWORKIN, 2010, p. 203).

A integridade da concepção de devido processo legal, por sua vez:

[...] insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito. (DWORKIN, 2010, p. 203).

Por conseguinte, afirma Dworkin que tais exigências podem ser divididas em dois princípios mais práticos: o princípio da integridade na legislação, que “pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios” (DWORKIN, 2010, p. 203) e o princípio da integridade no julgamento, que “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido” (DWORKIN, 2010, p. 203). Acrescenta que:

O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante. (DWORKIN, 2010, p. 203).

Ressalta que “a jurisdição é diferente da legislação, não de uma forma única e unívoca, mas como a complexa consequência da predominância do princípio da integridade”. (DWORKIN, 2010, p. 489). Reconhece a força superior da integridade da jurisdição:

[...] que a torna soberana nos julgamentos de direito, embora não inevitavelmente nos vereditos dos tribunais, ao observar como a legislação convida a juízos políticos, diferentemente da jurisdição, e como a integridade inclusiva aplica distintas restrições à função judicial. (DWORKIN, 2010, p. 489).

Assevera que a integridade não se impõe por si mesma, sendo necessário o julgamento “estruturado por diferentes dimensões de interpretações e diferentes aspectos destas” (DWORKIN, 2010, p. 305).

Dworkin explica que “uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível” (DWORKIN, 2010, p. 292) e que o seu exercício é composto por três etapas: uma etapa “pré-interpretativa”, na qual “são identificados, as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”; uma etapa “interpretativa” em que “o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa” e uma etapa “pós-interpretativa” ou reformuladora à qual “ele ajuste sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”. (DWORKIN, 2010, p. 81-82).

Salienta, que o direito como integridade exige que um juiz ponha à prova sua interpretação “de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.” (DWORKIN, 2010, p. 294).⁶

Nesse aspecto, foi importante percorrer a compreensão paradigmática desenvolvida por Habermas, vez que esclarece acerca da existência e da influência de conjuntos de sentido, os quais apesar de não serem percebidos diretamente pelos afetados quanto aos fundamentos do Direito, “permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação” (HABERMAS, 1997b, p. 181), e, ainda, “iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direito” (HABERMAS, 1997b, p. 181).

Isto porque, para Habermas, os paradigmas do direito “são capazes de criar laços subjetivos e objetivos entre o sistema jurídico e o seu ambiente social, servindo-se da imagem que os juristas se fazem acerca de seu respectivo contexto social” (HABERMAS, 1997b, p. 123). Assim:

[...] para entender os argumentos e decisões que acompanham as respostas dadas pelos atores a algo, é necessário conhecer a imagem

⁶ O desenvolvimento teórico realizado por Dworkin sobre a “resposta correta” em sua obra “Uma questão de princípio” não foi objeto de explicitação no presente trabalho devido à opção metodológica de se restringir à abordagem do referido autor na obra “o império do direito.” (DWORKIN, 2010).

implícita que eles formam da sociedade como um todo, além de saber que estruturas, realizações, potenciais e perigos eles atribuem à sociedade contemporânea, quando tentam realizar a sua tarefa, que é a de concretizar o sistema dos direitos. (HABERMAS, 1997b, p. 124).

A compreensão paradigmática desenvolvida na obra habermasiana permite o reconhecimento de três paradigmas jurídicos (liberal, social e democrático), identificando o conjunto de sentido nas diversas decisões estatais, legislativas, administrativas e jurisdicionais ao longo da história e propondo a teoria do discurso jurídico adequada ao Estado Democrático de Direito, representando o segundo eixo que norteou a formulação e defesa de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática a ser aplicada na fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde.

3.2 A teoria do discurso jurídico em Habermas

Ao contextualizar as diferentes perspectivas identificadas numa leitura paradigmática do direito, Habermas inicia sua abordagem quanto ao Estado Liberal, desenvolvido a partir do confronto com o modelo da Monarquia Constitucional, marcado pela ingerência estatal nas esferas da sociedade, o qual acarretou a separação entre Estado e sociedade, atribuindo ao Estado a função de “garantir o *status* negativo da liberdade de sujeitos de direito, e com isso, o princípio da liberdade jurídica”. (HABERMAS, 1997b, p. 132). Segundo Habermas:

O direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos de pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e de serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família. (HABERMAS, 1997b, p. 134).

No Estado Liberal, o direito privado foi estruturado como um “domínio jurídico sistematicamente fechado e autônomo, a salvo da força impregnadora de uma ordem constitucional democrática” (HABERMAS, 1997b, p. 132) e o direito público, dada uma peculiar divisão do trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, “a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva

de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status* jurídico *positivo* das pessoas privadas mantendo a proteção do direito individual”. (HABERMAS, 1997b, p. 132).

Contudo, entende Habermas que devido a “mudanças nos paradigmas do direito, que passam a entender a autonomia privada de modo diferente, ocorreram transformações no direito privado. (HABERMAS, 1997b). Juntamente com a autonomia privada, o indivíduo recebeu o *status* de sujeito de direito constituído “através da totalidade dos direitos referidos à ação e ao estado, resultantes da configuração politicamente autônoma do princípio da liberdade jurídica – em qualquer esfera social”. (HABERMAS, 1997b, p. 137).

Desse modo, o modelo do Estado social teria surgido da crítica reformista ao direito formal burguês, apoiando-se no entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade, por considerar que “o direito de cada um, de fazer e de não fazer o que bem entender, no âmbito da lei, só pode ser preenchido, se essas leis garantirem tratamento igual no sentido de uma igualdade do conteúdo jurídico”. (HABERMAS, 1997b, p. 139).

Por sua vez, relata Habermas que foi necessária a introdução de uma nova categoria de direitos fundamentais, “capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente (e uma proteção mais eficaz contra os perigos gerados pela própria sociedade)”. (HABERMAS, 1997b, p. 140).

Os direitos a prestações sociais se explicaram pelo fato de que sob condições “da moderna sociedade industrial a liberdade concreta de grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material num espaço vital dominado por eles, ficando basicamente na dependência de atividades do estado”. (HABERMAS, 1997b, p. 140).

No entanto, para Habermas, a crítica ao paradigma do direito centrado no Estado Social “gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente” (HABERMAS, 1997b, p. 159). Ao reduzir a justiça à justiça distributiva, tal paradigma não conseguiria atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois nos dizeres de Habermas: “ninguém é livre enquanto sua liberdade implicar a opressão de outro” (HABERMAS, 1997b, p. 159).

Habermas defende o paradigma do Estado Democrático de Direito, entendido como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais “necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual

possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito.” (HABERMAS, 1997b, p. 181). Explica que:

[...] a teoria da sociedade fundada na comunicação entende o sistema político estruturado conforme o Estado de direito como um sistema de ação entre outros. Este pode compensar os eventuais problemas de integração na sociedade global, colocando a formação institucionalizada da opinião e da vontade em contato com comunicações públicas informais, pois está inserido nos contextos de um mundo da vida através de uma esfera pública ancorada numa sociedade civil. (HABERMAS, 1997b, p. 181).

Segundo Habermas, a ordem jurídica “deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se” (HABERMAS, 1997b, p. 147). pois a garantia da autonomia privada através do direito formal “se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela”. (HABERMAS, 1997b, p. 147).

Assim uma ordem jurídica seria legítima na medida em que assegurasse a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, as quais seriam co-originárias. (HABERMAS, 1997b, p. 147).

Ao divergir dos modelos formalista e materializante do Direito, propõe o modelo procedimentalista do direito, que ao contrário daqueles paradigmas, “não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma visão de vida boa ou de uma determinada opção política”. (HABERMAS, 1997b, p. 190). Desse modo, afirma que a única alternativa viável seria “tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e a privada” (HABERMAS, 1997b, p. 147).

Nesse aspecto, o paradigma procedimental é considerado formal no sentido de que “apenas formula condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los”. (HABERMAS, 1997b, p. 190).

Insta ressaltar que Habermas entende que “o sistema dos direitos não existe num estado de pureza transcendental”, ou seja, reconhece o seu desenvolvimento há mais de duzentos anos, havendo vários modelos à disposição, que podem servir como “introdução a uma reconstrução generalizadora da compreensão que acompanha necessariamente a prática intersubjetiva de uma autolegislação

empreendida com os meios do direito positivo”. (HABERMAS, 1997a, p. 166). Ademais, salienta que:

[...] a escolha da respectiva forma jurídica tem que continuar referida ao sentido original do sistema de direitos, que é o de assegurar *uno actu* a autonomia pública e privada das pessoas privadas, de tal modo que todo ato jurídico possa ser entendido como uma contribuição para a configuração política autônoma dos direitos fundamentais, ou seja, como elemento de um processo constituinte duradouro. (HABERMAS, 1997b, p. 148).

Por meio do paradigma proposto, Habermas pretende “domesticar o sistema econômico capitalista, “transformando-o”, social e ecologicamente, por um caminho que permita “refrear” o uso do poder administrativo” (HABERMAS, 1997b, p. 148). Tal limitação apresenta-se, “sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo”. (HABERMAS, 1997b, p. 148).

Considera que “nada vem antes da prática de autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições da socialização comunicativa em geral, e, de outro lado o *medium* do direito.” (HABERMAS, 1997a, p. 165).

Ao adentrar em seu estudo sobre as decisões judiciais, Habermas o introduz reconhecendo a importância da teoria da integridade do direito de Dworkin⁷, a qual é utilizada como fio condutor para a sua análise do problema da racionalidade da jurisdição e reinterpretada sob o prisma do modelo procedimentalista. Assevera que:

[...] a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros do direito e se expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica. (HABERMAS, 1997b, p. 278).

⁷ Habermas considera que a teoria desenvolvida por Dworkin baseia-se em uma concepção solipsista do julgador, todavia, conforme explicita Lenio Streck: “Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é produto de uma atitude de um *Selbstsüchtiger*): Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz “Hércules” é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto”. (STRECK, 2010, p. 166).

A teoria discursiva do direito, para Habermas, “analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação”. (HABERMAS, 1997b, p. 281).

Ela apóia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. (HABERMAS, 1997b, p. 281).

Preleciona que “não há um fim “natural” no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir a *fortiori* a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos”. (HABERMAS, 1997b, p. 282).

Em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida. (HABERMAS, 1997b, p. 282).

Nesse aspecto, entende que o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva “como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”. (HABERMAS, 1997b, p. 278).

De acordo com Habermas, tais condições procedimentais e pragmáticas garantiriam de modo ideal que “todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força de motivação racional inerente a eles.” (HABERMAS, 1997b, p. 283).

Diante da análise das peculiaridades de casos singulares, feita a partir de um sistema coerente de normas, as interpretações dependeriam da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representadas através do juiz imparcial, poderiam ser controvertidas umas nas outras. (HABERMAS, 1997b, p. 285). Desse modo, o sistema de direitos asseguraria ao mesmo tempo a autonomia privada e pública de parceiros do direito, sendo “interpretado e configurado no processo democrático da legislação e em processos de aplicação imparcial do direito” (HABERMAS, 1977b, p. 291).

O conteúdo da tensão entre legitimidade e a positividade do direito seria controlada “na jurisdição ”como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente”. (HABERMAS, 1997b, p. 292).

Com efeito, para a aplicação das bases teóricas desenvolvidas por Dworkin e Habermas ao presente estudo foi elementar vinculá-las ao modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito brasileiro, em que se considera o processo como garantia de concretização de direitos fundamentais, em consonância com o balizamento principiológico uníssono assegurado na Constituição.

Tal modelo de processo representou o terceiro eixo adotado para a formulação e defesa de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática a ser aplicada na fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde.

3.3 A revisão do modelo constitucional de processo e da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito brasileiro

Os paradigmas do direito desenvolvidos historicamente (Estados Liberal, Social e o atual Estado Democrático de Direito), apresentaram diferentes perspectivas sobre a função jurisdicional. Apesar de não haver espaços totalmente definidos entre cada um dos citados paradigmas, os aspectos característicos desses auxiliam a análise crítica da mencionada função⁸.

Em cada variante paradigmática do direito, a função jurisdicional sofreu transformações substanciais, vez que “o Estado exerce a função jurisdicional, sobre o mesmo fundamento que o legitima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e administrativa”. (GONÇALVES, 2001, p.50).

A partir do século XVII, com o movimento iluminista, houve grandes mudanças no Direito com a criação das grandes codificações normativas, a abolição

⁸ Conforme elucida André Cordeiro Leal: “a teoria dos paradigmas contribui para a elaboração de respostas à problemática da legitimidade do direito. A descrição das pré-compreensões nas quais parecia ter-se assentado a legitimidade do direito em etapas históricas mais ou menos demarcadas, e de sua insuficiência para resolver problemas, deixou explícita a necessidade de abandono dos enfoques liberais e comunitaristas do Estado e da sociedade, nos quais a constituição acabava assumindo um papel secundário, porque, ora vista como guardiã das liberdades individuais, num conceito de liberdade atrelado ao “*status negativus*, ou seja, o espaço de liberdade de actuação individual face ao Estado” (ZIPPELIUS, 1997, p. 375), ora como “providência do seu povo” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 1999, p. 37), numa espécie de “administrativização” acentuada de ações a fim de realizar o bem-estar público e a justiça social, que se materializavam em decisões pouco permeáveis à discursividade.” (LEAL, 2008, p. 22-23).

da autoridade dogmática dos juízes e dos juristas eruditos. Pensava-se que “os códigos deveriam ser perfeitos, completos, sem lacunas. Vários reis, dentre eles Napoleão, proibiram comentários e interpretações doutrinárias a seus códigos”. Nesse contexto, a função jurisdicional deveria se ater a aplicá-los literalmente. (FIUZA, 2006, p.72).

Com a instalação do Estado de Direito na França, que pretendeu confrontar os ideais do Estado de Polícia, passou-se também a limitar a liberdade do julgador para decidir, vez que passaria, agora, a se limitar à observação estrita dos conteúdos da lei, havendo, por consequência, o esvaziamento da figura do juiz.

No Estado Liberal predominavam as ideias da Escola do Direito Natural e do Positivismo. O Direito era considerado como “conjunto de princípios básicos do qual derivava o Direito positivo”, sendo que “a fonte desses princípios era a própria natureza humana”. (FIUZA, 2006, p. 72). Desse modo, tal entendimento resultou no rompimento da autoridade dogmática do julgador e na valorização dos códigos, que deveriam ser perfeitos, completos e sem lacunas. (FIUZA, 2006, p. 72).

Por meio de proposição de teorias do processo como contrato, quase-contrato e relação jurídica (modelo clássico), gradualmente, as partes passaram a ter uma maior centralidade no desenvolvimento do procedimento, havendo o esvaziamento do papel do juiz e a sobreposição da parte autora em relação à parte ré. Com base em estudo das obras do autor Michele Taruffo⁹, Dierle Nunes aborda algumas características marcantes no procedimento jurisdicional no período do Estado Liberal, no qual o processo:

[...] apresentava-se como uma sucessão caótica de atos, estruturada tecnicamente mediante a escritura e a formalidade exacerbada, desenvolvendo-se prevalentemente entre os advogados das partes, mediante a troca de petições e réplicas ilimitadas, escritas em latim. Inclusive, a assunção das provas era desenvolvida por escrito, eis que dificilmente seria realizada perante o juiz.

O juiz, neste sistema, exercia papel completamente passivo e espectador, tanto que mesmo as audiências de instrução eram inteiramente confiadas aos advogados das partes, permitindo ao magistrado interferir somente para a resolução dos inúmeros incidentes processuais. (TARUFFO, 1980, p. 9 apud NUNES, 2008, p. 35).

Insta salientar que a diminuição da valorização do papel dos magistrados não resultou na construção de decisões racionais e adequadas, conforme anota Dierle

⁹ TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi**. Bologna: Il Mulino, 1980.

Nunes, pois a arbitrariedade dos juízos implementou-se como decorrência de uma “atividade judicial que privilegiava sempre as partes mais fortes e que não contavam com regras racionais de apreciação das provas, apesar da existência de regras de prova legal”. (NUNES, 2008, p.36).

Esses magistrados, nessa quadra histórica italiana, não eram escolhidos por critérios de seriedade e competência profissional, mas, sim, eram investidos da função para receber por serviços prestados, remunerados pela parte mediante o *sportule*, o que conduzia o magistrado a prolongar o *iter* processual, e para encorajar sua parcialidade para a parte mais rica. Assim, a aplicação de tutela nesta época era dominada pela corrupção, pela ignorância e pela confusão. (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 14-17 apud NUNES, 2008, p. 36).¹⁰

Já em uma perspectiva do paradigma do direito no Estado Social, a teoria do processo como relação jurídica, influenciada pela obra de Jellinek (*System der subjektiven of fentlichen Rechte*, de 1892), passou a ter uma concepção publicística, baseada na concepção de que o particular que estivesse no “pólo ativo” da “relação judicial” poderia exigir uma determinada prestação do Estado, figurado no “pólo passivo” dessa. (GONÇALVES, 2001, p.78). Tal teoria foi marcada pelas modificações políticas realizadas, conforme aponta Carlos Eduardo Araújo de Carvalho:

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo o fenômeno do neoliberalismo e globalização, que agitou o último quarto do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor. (CARVALHO, 2007, p.194).

A visão do Estado provedor e sua extensão no âmbito judicial acabaram contribuindo para o destacamento do papel do Estado-juiz, visto como garantidor de aplicação das normas vigentes e da promoção da paz social.

¹⁰ DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bolonha. Il Mulino, 2004. p. 13-43.

Para Lenio Streck, desde Oskar Von Bülow¹¹ “a relação publicística está lastreada na figura do juiz como “porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo com poderes para criar direito mesmo contra legem” (STRECK, 2009, p.9). No mesmo entendimento, André Cordeiro Leal afirma que a teoria da relação jurídica proposta por Oskar Von Bülow “reafirma a necessidade de se atribuir ao juiz poderes ampliados que assegurem certa flexibilização do ordenamento jurídico para que se obtenham decisões rápidas e justas” (LEAL, 2008, p. 4).

O juiz detinha, no Estado Social, um papel central lastreado por amplos poderes discricionários e a possibilidade de realizar uma interpretação subjetiva da lei, por meio de um juízo de valor. É resgatada a função jurisdicional romana de “dizer o direito” diante de um caso concreto, conforme se observa nas lições de Carnelutti:

[...] el juez no es solamente el que juzga, sino también el que manda; en definitiva aquel cuyo juicio tiene la eficacia del mandato. Esta sustancia de la función se expresa en la fórmula ius dicere, que es más que dicere rationem; el sustantivo de esta fórmula es iurisdicio o jurisdicción, literalmente es, por tanto, la función que se ejerce mediante la declaración imperativa de las relaciones jurídicas. (CARNELUTTI, 1956, p. 64).

A teoria do processo como relação jurídica, que ainda é predominantemente adotada nos estudos doutrinários formulados no Brasil, nos códigos e na jurisprudência, conforme se verá adiante, parte de um conceito de jurisdição que é ao mesmo tempo, poder, função e atividade:

[...] Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituando como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete [...] (CINTRA et al, 2006, p.145).

Tal visão da jurisdição como efetivação dos direitos fundamentais parte da ideia de que o processo seria mero instrumento de atuação da jurisdição e de que todo o seu desenvolvimento estaria apenas focado na melhor apreciação do

¹¹ Bulow conceitua o processo como: “um contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum.” (BÜLOW, 2005, p. 6).

jugador, para formação de uma decisão que lhe pareça mais justa e que contribua para a pacificação social.

É de se ressaltar o paradoxo explicitado por André Cordeiro Leal na teoria da relação jurídica, pois tal concepção de processo como atividade controladora da jurisdição, permite, de outro lado, que o julgador motive “suas” decisões com base em um sentimentalismo. Nas palavras do autor:

Toda tentativa no sentido de elevar o processo impregnado da herança Bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo. (LEAL, 2008, p. 64-65).

Portanto, cumpre investigar se esse papel garantidor da função judiciária estaria alinhado aos princípios elencados em um Estado Democrático de Direito, pois assim como a atuação do Estado-juiz passou por certa reestruturação na passagem gradativa dos paradigmas do Estado Liberal para o Estado Social, é necessário estudar as modificações que o Estado Democrático de Direito impõe à função jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o advento da promulgação da Constituição da República em 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ter como base estrutural a consagração de um Estado Democrático de Direito, regido pela participação direta e indireta da população na administração pública. No âmbito judicial, a referida participação se estendeu pelo princípio do acesso à jurisdição, fundando no direito ao processo, em que o particular tem o direito de instaurar um procedimento judicial que se desenvolva com a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juízo, da fundamentação das decisões - principiologia uníssona balizada no modelo constitucional do processo, para concretização de seus direitos fundamentais. (BARROS, NUNES, 2008).

Ao contrário da visão socialista que atribui uma fala autorizada ao julgador e lhe confia a realização da paz social, no Estado Democrático de Direito, a Constituição representa a garantia da vida digna, cabendo aos cidadãos o exercício da democracia participativa e representativa, sendo o processo judicial a garantia constitucional para o cumprimento dos direitos fundamentais.

Isto porque a partir da experiência da constitucionalização do Direito, ocorrida no século XX, o processo passou a desenvolver-se como “estrutura democratizante

de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público.” (BARROS, NUNES, 2010, p. 18).

Segundo elucida Flaviane Barros, “a Constituição reservou ao processo um importante papel de garantia constitutiva de direitos fundamentais” (BARROS, 2008, p. 131), possibilitando a definição de uma “base principiológica uníssona para compreensão do processo, seja ele jurisdicional, administrativo, legislativo, arbitral, em outras palavras, para o processo constitucional”. (BARROS, 2008, p. 131).

A Constituição deve ser considerada como a linha de largada do discurso democrático, “pois o discurso jurídico sem limites, sem contexto, sem um pano de fundo paradigmático constitucional e processualizado, fomenta o aparecimento do locutor autorizado, o que, pelos fatos históricos, é um grande risco”. (MADEIRA, 2009, p.34). Conforme explicita Habermas, é imprescindível a imunização contra o poder ilegítimo, por meio do poder comunicativo. (HABERMAS, 1997a, p.333). Como salienta Dhenis Cruz Madeira:

[...] a existência de princípios constitucionais, numa sociedade plural e complexa, que abriga diversas concepções de justiça e distintos discursos morais, permite a estabilização do discurso jurídico, porquanto asseguram uma base linguística e consensual mínima para construção das decisões. (MADEIRA, 2007, p. 127).

Com efeito, conforme explicitam Flaviane Barros e Dierle Nunes, o direito ao processo jurisdicional, consiste em uma garantia constitucional, codependente dos direitos fundamentais, sustentada pelos princípios constitucionais do processo. (BARROS, NUNES, 2010, p. 24). Assim:

[...] não só o contraditório, visto como o espaço argumentativo para a construção participada da decisão pelos afetados pelo provimento, mas também a ampla argumentação, a existência de um terceiro imparcial e a fundamentação das decisões, configuram, todos, a base para uma compreensão constitucionalmente adequada ao processo. (BARROS, 2008, p. 135).

Cumprido salientar que enquanto no paradigma do Direito no Estado Liberal primava-se pela liberdade individual e a não interferência estatal, implicando em uma atividade judicante passiva, diante de uma atuação protagonista das partes. De outro lado, no Estado Social, prevalecia a atuação extensiva do juiz, ora como garantidor de direitos e ora como sancionador de infrações normativas. O Estado-juiz, igualmente, podia agir com poderes amplos e discricionários. (NUNES, 2008).

No Estado Democrático de Direito, entretanto, as decisões jurisdicionais devem ser construídas em conjunto com as partes, aplicando sempre os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juízo e fundamentação das decisões. Dessa forma, a função jurisdicional deve se dar, nos termos utilizados por Dierle Nunes, pela participação e pelo policentrismo das partes e do juiz na construção da decisão. (NUNES, 2008, p. 177-251).

O processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais (em seus respectivos papéis) discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada ao caso em análise. (NUNES, 2008, p. 212).

A legitimidade jurídico-decisória da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, por sua vez, ampara-se na observância dos referidos princípios processuais, que garantem a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão. Conforme explicita Fernando Horta Tavares:

A começar não se pode definir jurisdição pela ótica da atividade do órgão estatal judicacional porque, em um Estado de Direito Democrático, a jurisdição só pode atuar pelo PROCESSO que se caracteriza pelo direito à argumentação discursiva democrática, construída racional e legitimamente pelas partes e Estado-Juiz, do que resulta que a jurisdição significa a atuação da lei regida pela principiologia do processo, a qual, a seu turno, e na ótica aqui defendida, não pode trazer qualquer corrosão a direito. (TAVARES, 2007, p. 113).

Nesse contexto, a função jurisdicional deve representar um meio racional de resolução de conflitos, que atua em cumprimento às normas jurídicas vigentes, sempre com a observância da sua coerência com os princípios elencados constitucionalmente e por meio de uma interpretação construída em conjunto com as partes, ou seja, em respeito à integridade do direito e ao discurso jurídico democrático, pois:

[...] de nada valeria a Constituição assegurar o contraditório se o julgador se limitasse a dizer que o sucumbente participou do processo, que fez alegações e que produziu provas sobre cujo mérito (demérito), porém, ele nada disse; ou pior, fingindo que o faz, tergiversa sobre a versão que infirma seu convencimento. (SILVA, 2006, p. 340).

O princípio do contraditório, como ressalta Ovídio Baptista da Silva, não se esgota na faculdade conferida à parte de ser ouvida e de produzir alegações e

provas perante o tribunal, mas “compreende, antes de mais nada, o direito de ver as alegações e provas produzidas, também pelo sucumbente, examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes”. (SILVA, 2006, p. 340).

Tal princípio representa, nas lições de Elio Fazzalari, uma garantia de participação em simétrica paridade pelos afetados pelo provimento (FAZZALARI, 2006)¹², “no sentido de uma garantia de construção participada da decisão pelos afetados, que estarão compreendidos no processo tanto como autores, como destinatários da norma jurídica”. (BARROS, 2008, p. 134).

Elucida Aroldo Plínio que o princípio do contraditório faz-se importante, tendo em vista que o jogo da contradição é das partes, os interesses divergentes são delas, que são elas as interessadas e contra-interessadas e, finalmente, serão elas as destinatárias do provimento. (GONÇALVES, 2001, p. 127).

Segundo preleciona Rosemiro Pereira Leal, a ampla defesa refere-se a um “espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões.” (LEAL; 2002; p.171).

Esclarece Flaviane Barros que o princípio da ampla defesa, na perspectiva do processo jurisdicional, é decorrente do direito à prova, da assistência de um advogado, consistindo “a necessidade de garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas *prima facie* aplicáveis é a mais adequada ao caso concreto.” (BARROS, 2008, p. 134).

Do mesmo modo, deve-se atentar para o princípio da imparcialidade do julgador, em que “se garante pela existência do esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão presente na fundamentação”. (BARROS, 2008, p. 134).

Por meio do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, atribui-se o dever jurídico aos julgadores de motivarem seus pronunciamentos decisórios, afastando assim o arbítrio judicial, caracterizado por intromissões sem base normativa e racional, ou seja, por decisões pautadas nas ideologias do julgador, de

¹² A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, desenvolvida por Fazzalari, em 1978, representou um grande avanço teórico, de forma a superar as teorias de processo, como Relação Jurídica e como Situação Jurídica. Para o estudado autor, o processo é espécie do gênero procedimento, o qual se apresenta como uma sequência de atos, os quais são previstos, estruturados e valorados pelas normas jurídicas. (FAZZALARI, 2006, p.114).

forma incompatível com os princípios constitucionais estruturadores do Estado Democrático de Direito brasileiro. (DIAS, 2010, p. 125-135).

Cabe ao julgador cumprir e fazer cumprir o princípio do contraditório, não sendo permitida a faculdade de reter, na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, sem que essas tenham se manifestado prévia e discursivamente. Por consequência, o juiz não pode fundamentar sua decisão sobre meios de direito levantados *ex officio*. (DIAS, 2009, p. 474).

Se as partes possuem a garantia da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (defesa), a sentença, por consequência, deve consagrar os argumentos e provas por elas produzidos, sendo aqui destacada a relevância do papel desempenhado pelo advogado, o qual fazendo uso de seu *ius postulandi*, em representação aos interesses de uma das partes, fiscaliza e exercita o cumprimento do devido processo constitucional, com a aplicação dos princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia). (LEAL, 2008, p. 151).

Insta salientar que, segundo anotado por Ovídio Baptista, “estamos convivendo com um momento em que se convencionou chamar de crise do judiciário” (SILVA, 2006, p. 343), a qual foi causada “por decisões, sentenças e acórdãos despidos de fundamentação, ou ostentando fundamentação precária ou insuficiente” (SILVA, 2006, p. 343). Ressalta, ainda, que:

[...] é mais frequente do que se imagina depararmos com decisões judiciais, cuja fundamentação preocupa-se em mostrar a preferência do juiz por uma das versões probatórias, ou por uma das incontáveis possibilidades de interpretação jurídica da norma, sem que ele, no entanto, examine criticamente as versões que a infirmem, para mostrar as razões pelas quais as desmerecera. (SILVA, 2006, p. 339).

Desse modo, faz-se necessário discutir o papel e os limites da função jurisdicional que não deve se encaminhar para o protagonismo judicial, vez que enfraquece sobremaneira os princípios do devido processo e da fundamentação das decisões, os quais deveriam ser aplicados para a construção de decisões jurídicas robustas e resultantes das alegações e provas produzidas pelas partes em contraditório. (NUNES, 2008).

Importante, ainda, conforme salienta Flaviane Barros, repensar a fundamentação das decisões na perspectiva de um processo “que se edifica com a participação dos afetados pelo provimento”, evitando-se o predomínio dos atos

praticados por “um juiz monológico, e como forma de controlar a legitimidade e a aceitabilidade racional das decisões, vez que os afetados assumirão o ônus da argumentação”. (BARROS, 2008, p.134).

Nesse sentido, o presente trabalho discutiu sobre a fundamentação das decisões jurisdicionais a partir de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática relativa ao direito à saúde.

3.4 Contribuições do estudo da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional do processo no Estado Democrático de Direito brasileiro para a fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde

Os estudos realizados no presente capítulo possibilitaram não apenas a identificação e compreensão das divergências ocorridas no âmbito das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mas também se tornaram os eixos teóricos, para a proposição de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática, a ser aplicada na fundamentação das decisões jurisdicionais sobre saúde.

Ao se confrontar a teoria da integridade do direito com as fundamentações das decisões jurisdicionais analisadas, sendo o caso Liliam um exemplo valioso para tal demonstração, verificou-se que os posicionamentos contraditórios emitidos nos julgamentos relativos aos pedidos de concessão judicial de medicamentos, resultam de divergências ligadas às seguintes questões de fato ou de direito¹³.

As questões de fato estariam ligadas às divergências concernentes a comprovação: a) da existência da doença/deficiência alegada pela parte autora; b) da necessidade do medicamento pleiteado; c) do não fornecimento administrativo do medicamento pelo SUS; d) da segurança, qualidade e eficácia do medicamento pleiteado.

Já as questões de direito estariam subdivididas quanto aos aspectos empíricos sobre o direito, ou quanto aos fundamentos do direito.

¹³ Apesar de as questões de fato não serem rigidamente separadas das questões de direito, foi necessário adotar uma abordagem classificatória, no intuito de esclarecer e confrontar os problemas identificados nas referidas decisões.

Dentre os aspectos empíricos, estaria incluída uma série de embates e julgamentos que demonstram as divergências travadas acerca da normatividade relacionada ao direito de fornecimento de medicamento, quais sejam: a) a necessidade de o medicamento estar registrado pela ANVISA ou não; b) a indispensabilidade da prescrição do medicamento por médico do SUS ou outro médico que acompanha o paciente; c) se o medicamento ou tratamento indicado pode ou não ser substituído por outro incluído nos protocolos clínicos do SUS.

Cabe ressaltar que os aspectos empíricos guardam uma vinculação com a normatividade das atividades de saúde pública, discriminadas em leis, resoluções, portarias e decretos.

Já as divergências relacionadas ao fundamento do direito pressupõem o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental e do dever do Estado para sua implementação, pelas diversas esferas administrativas.

Nesse segundo caso, as questões de Direito, relativas aos seus fundamentos seriam quanto: a) a responsabilidade estatal solidária ou privativa dos entes da federação para a prestação das ações e serviços destinados à saúde; b) a necessidade de comprovação da hipossuficiência econômica ou não diante do caráter universal do direito à saúde; c) os limites para “intervenção” judicial na política pública de saúde, diante dos pedidos judiciais voltados para a prestação estatal de medicamentos.

Quanto ao último item relacionado, o estudo paradigmático, desenvolvido por Habermas, possibilitou, em conjunto com a teoria da integridade do direito, a identificação de três interpretações jurisdicionais adotadas no âmbito da pesquisa, as quais interferem no julgamento das demandas sobre saúde: a radical liberal, a radical social e a intermediária.

Os julgadores que concebem uma interpretação jurisdicional radical liberal posicionam-se no sentido de que o direito à saúde, somente poderia ser prestado, mediante políticas públicas, não cabendo ao judiciário “interferir” em sua implementação, negando, por consequência, a concessão dos medicamentos pleiteados judicialmente.

De outro lado, os magistrados que adotam uma interpretação jurisdicional radical social entendem que o enunciado constante no texto constitucional de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado justificaria a concessão dos

medicamentos pleiteados judicialmente, não estabelecendo parâmetros para tal concessão, quanto à qualidade, custo e responsabilidade estatal para tanto.

Já aqueles decisores que fazem uso de uma interpretação jurisdicional intermediária, compreendem que os medicamentos pleiteados judicialmente podem ser concedidos desde que haja o preenchimento de determinados critérios. Nessa interpretação, as decisões gravitam entre uma concepção liberal e social. Os critérios adotados são, em geral, aplicados de forma subjetiva (cada julgador estabelece os critérios que entendem ser necessário para se convencer acerca da concessão ou não do medicamento), não problematizada, ou seja, sem a compreensão de sua finalidade, sem se preocupar com a integridade do direito e sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto.

Após a identificação das mencionadas interpretações jurisdicionais foi necessário empreender um estudo detalhado sobre cada um desses posicionamentos e sua adequabilidade ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

4 A INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL RADICAL LIBERAL

A interpretação jurisdicional radical liberal baseia-se na concepção de que o direito à saúde somente poderia ser prestado por meio da execução das políticas públicas, estabelecidas pelas funções legislativa e executiva, não cabendo ao judiciário “interferir” em sua implementação.

Tal interpretação é radical, vez que não se atenta às peculiaridades do caso concreto. Sob o auspício em argumentos como a “separação de poderes”, a “reserva do possível”, a “preponderância do interesse público sobre o privado”, os partidários dessa corrente negam, sumariamente, a concessão dos medicamentos pleiteados judicialmente.

Segundo Habermas, tal concepção apóia-se numa interpretação estreita do conceito de lei, “caracteriza a lei através de princípios semânticos gerais e abstratos”, propondo uma interpretação “da divisão dos poderes seguindo uma lógica de subsunção” (HABERMAS, 1997a, p. 236).

No modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição das competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade. (HABERMAS; 1997a; p. 305).

Contudo, por embasar-se em princípios semânticos gerais e abstratos, o referido posicionamento desconsidera as transformações paradigmáticas do direito no Estado Democrático de Direito e não reconhece o desenvolvimento histórico do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro, não sendo adequado à Constituição por desrespeito à integridade do direito, pois conforme ensina Dworkin:

[...] quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for justificável, de tal modo que essas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável -, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. (DWORKIN, 2010, p.306).

Desse modo, foi necessária a contextualização da história institucional do direito à saúde no Brasil, para demonstrar a inadequação da interpretação jurisdicional radical liberal e resgatar alguns aspectos importantes que devem compor a memória nacional acerca das lutas pelo direito à saúde no Brasil.

4.1 Contextualização da história institucional do direito à saúde no Brasil

Para discutir o sistema jurídico brasileiro, relativamente ao direito à saúde, é importante empreender um estudo histórico que explicita os diversos fatores identificados como contribuição para sua atual configuração, em especial, quanto às previsões constitucionais e infraconstitucionais acerca do direito à saúde, os principais fatores ideológicos, políticos, econômicos, científicos, bem como as mobilizações populares, que influenciaram sua atual configuração jurídica.

Tendo em vista que a saúde é um tema relacionado com as ciências médicas, recorreu-se não somente às fontes estritamente jurídicas ou históricas, mas também aos estudos interdisciplinares dos campos da Medicina e Sociologia, para complementar o presente estudo, pois, conforme destaca Rosen, “o entendimento da natureza e da causa da doença fornece o solo para a ação e controle.” (ROSEN, 1994, p. 91), sendo indispensável considerar numa pesquisa ligada à saúde pública o desenvolvimento da ciência e das técnicas médicas.

As análises no âmbito das ciências médicas e da sociologia auxiliaram a compreensão do direito à saúde nas Constituições brasileiras e nas legislações específicas, que antecederam as disposições da Constituição de República de 1988, marco de uma interpretação do direito à saúde no Estado Democrático de Direito.

Buscando organizar a abordagem histórica, foram adotados os eixos¹⁴ propostos por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira adaptados ao tema da pesquisa, para a abordagem sobre o constitucionalismo brasileiro, no intuito de se lançar no seu desafio de:

¹⁴ Os sete eixos propostos por Cattoni de Oliveira são: “Constitucionalismo imperial da Constituinte de 1823 à consolidação do Estado brasileiro no Segundo reinado: o papel do Poder Moderador na formação da nacionalidade; Crise do Império e a transição à República: os “bestializados” e a atuação política do partido republicano; Constitucionalismo liberal de 1891 e suas contradições internas: a questão social como caso de polícia ou de políticas?; Revolução de 1930 e seus desdobramentos. O Brasil sob Vargas, 1930-1954: o tema integração nacional; Direito à saúde no constitucionalismo brasileiro do pós-guerra: história do conceito de populismo; Direito à saúde na autocracia militar de 1964-85: a tensão entre autocracia e Estado de Direito; Processo de (re)democratização e o constitucionalismo democrático de 1988: projeto, perspectivas e desafios”. (OLIVEIRA, 2011, p. 20).

[...] contribuir para uma reflexão acerca do sentido normativo que se autoexpressa na práxis de autodeterminação política no constitucionalismo, por meio de uma reconstrução acerca do modo como a Constituição brasileira enquanto processo de constitucionalização que articula memória e projeto, experiência e expectativa – e assim, deixa entrever as suas relações com o tempo histórico. (OLIVEIRA, 2011, p. 20).

4.1.1 Panorama geral anterior à primeira Constituição brasileira

Antes de adentrar ao primeiro período do constitucionalismo brasileiro, importante contextualizar o panorama que o antecede.

Sob influência do feudalismo português em sua transição para o capitalismo, o Brasil passou a ser colonizado por imigrantes portugueses, interessados em explorar as riquezas que dele pudessem extrair, instalando o período colonial no país. (HOLANDA, 2004, p. 46; IYDA, 1994, p. 24).

Os diversos fatores favoráveis encontrados no território brasileiro, tais como suas condições climáticas, extensão, riqueza mineral e qualidade do solo, fizeram com que os colonos portugueses passassem a desenvolver uma exploração caracterizada, principalmente, pelo plantio da cana-de-açúcar (1550-1700), exploração das minas (1700-1775) e produção do café (1820-1870). (HOLANDA, 2004, p. 47; IYDA, 1994, p. 24-25).

A organização social nesse período se caracterizou “de um lado, pela existência de uma elite constituída por grandes proprietários rurais, e de outro, por pequenos proprietários, índios, mestiços e negros” (WOLKMER, 2002, p. 39).

Relata Malheiro Dias que o primeiro governador do Brasil, veio em 1549, acompanhado de três naus, duas caravelas e um bergantim, compostas por funcionários civis e militares, soldados e artesãos. Foram mil pessoas ao todo, sendo a maioria degredados. Afirma que o projeto real era “enfrentar seus competidores povoando o Brasil através da transladação forçada de degredados”. (DIAS, 1924, p. 309-312).

Na carta de doação e foral concedida a Duarte Coelho (1534), se lê que el-rei atendendo a muitos vassallos e à conveniência de povoar o Brasil, há por bem declarar couto e homizio para todos os criminosos que nele queiram morar, ainda que condenados por sentença, até em pena de morte, excetuando-se somente os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa (MALHEIRO DIAS, 1924, p. 309-312).

A estrutura política no país foi marcada tanto pela “pulverização do poder na mão dos donos das terras e dos engenhos, seja pelo profundo quadro de divisão de classes, seja pelo vulto da extensão territorial”, quanto pelo “esforço centralizador que a Coroa impunha através dos governadores gerais e da administração legalista”. (WOLKMER, 2002, p. 47).

Por conseguinte, o ordenamento jurídico imposto à época decorreu da transposição da “Legislação Eclesiástica pelas Cartas de Doação e pelos Forais”, na primeira fase do Colonialismo (de 1520 a 1549); e pelas prescrições decretadas em Portugal, “reunindo desde Cartas de Doação e Forais das capitanias até Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, leis e, finalmente, as Ordenações Reais”, em sua segunda fase (1550-1889).” (WOLKMER, 2002, p. 47).

Para Portugal, o Brasil deveria “servir seus interesses; existia para ele e em função dele” (WOLKMER, 2002, p. 38). Desse modo, não estava preocupado em “trazer justiça ao povo ou mesmo prestar os serviços mais elementares à sua colônia”. (SHIRLEY apud WOLKMER, 2002, p. 47).

Por meio de uma “administração de cunho neofeudal, o Direito da elite agrária não era o Direito da maior parte da população, porém existia para proteger os interesses do governo real e manter o poder dos fazendeiros proprietários de terras.” (SHIRLEY apud WOLKMER, 2002, p. 47).

No campo da saúde pública, verifica-se que, diante da postura adotada na exploração colonial, as primeiras imagens do Brasil como “paraíso tropical anunciado pelos marinheiros quando retornavam para seus portos de origem” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 5) foram transformadas. O país passou a ser identificado com o “inferno”, “onde os colonizadores brancos e os escravos africanos tinham pouca chance de sobrevivência”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 5).

O acesso ao tratamento médico no país restringia-se àqueles que tinham condições de arcar com os seus custos. Os demais indivíduos contavam com os “remédios recomendados pelos curandeiros negros ou indígenas” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 6) e, “no máximo com um tipo de organização bastante precária e deficiente, as Comissões de Homens Bons (na Colônia), ou Probos (no Império), com funções filantrópicas e/ou fiscalizadoras” (IYDA, 1994, p. 28), vez que a questão da saúde até então era considerada de domínio privado, familiar ou local.

Notícia Bertolli Filho que em 1746 só havia seis médicos no interior do país, graduados em universidades européias. Apesar de a primeira universidade de

medicina ter sido criada no ano de 1088, na cidade de Bolonha, Itália, no Brasil as escolas de medicina somente foram criadas no século XIX.

A primeira escola de ensino superior do país foi inaugurada no dia 18 de fevereiro de 1808, oito dias antes da partida da família real para o Rio de Janeiro. Ela foi instalada no Hospital Real Militar, que ocupava as dependências do Colégio dos Jesuítas, no Largo do Terreno de Jesus, em Salvador (BA). A Faculdade de Medicina da Bahia (FAMEB) que hoje pertence à Universidade Federal da Bahia (UFBA). Depois de fundar a FAMEB, Dom João fez o mesmo no Rio de Janeiro no dia 5 de novembro daquele mesmo ano. Nascia a Escola de Anatomia, Cirurgia e Medicina, a atual Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Na Europa, os estudos epidemiológicos e da observação clínica, avançaram, a partir dos séculos XVI e XVII, quanto à individualização e ao conhecimento sobre o contágio de diversas moléstias. Os progressos percebidos no campo científico somente foram alcançados pelas organizações e administrações sanitárias no século XVIII, quando os Estados nacionais se desenvolveram, assumindo as ações sanitárias e substituindo as estruturas medievais antecedentes que impediam o seu desenvolvimento. (ROSEN, 1994, p. 76).

No Brasil as modificações estruturais da economia, política e ciência foram implantadas de forma eminentemente tardia, pois a condição de colônia lusitana implicou uma série de barreiras para o desenvolvimento autônomo do Brasil, dentre eles o fato de que “grande parte do excedente produzido é exportado, permanecendo no país, apenas uma parcela dele que serve para a sustentação de um aparelho estatal cuja finalidade é o escoamento da produção e sua fiscalização.” (IYDA, 1994, p. 24).

Foi a partir da instalação da Corte Portuguesa no Brasil, em 1808, que algumas modificações foram realizadas na administração pública colonial, inclusive na área da saúde. Ao estabelecer a cidade do Rio de Janeiro como sede provisória do Império Lusitano, dom João determinou a realização de diversas ações sanitárias na cidade, no intuito de transformar a má fama que corria pela Europa sobre as condições sanitárias no território brasileiro. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 8).

4.1.2 Direito à saúde no constitucionalismo imperial, da Constituinte de 1823 à consolidação do Estado brasileiro no Segundo reinado

A partir da proclamação da Independência e da promulgação da Constituição de 1824, que instalou o Período Imperial no Brasil, é possível iniciar o estudo do constitucionalismo brasileiro numa perspectiva do direito à saúde, pois conforme elucida Giordano Bruno Soares Roberto, somente a partir daí é que o direito pátrio pode se desenvolver de forma autônoma.

A história do direito no Brasil não começa com o descobrimento. Inicialmente, confunde-se com a história do direito português. Em seguida, durante a Colônia, a ele permanece intimamente ligada, mas já acrescida de elementos locais. Somente com a Independência, em 1822, inicia seu próprio curso. (ROBERTO, 2008, p. 43).

A Constituição Política do Império do Brasil, jurada pelo Imperador D. Pedro I não atribuía nenhuma responsabilidade ao Estado, sobre a saúde, mas previa no artigo 179-A a “inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. (BRASIL, 1824), dispondo no seu inciso XXXI que: “a Constituição também garante os socorros públicos” (BRASIL, 1824), o que representa os primeiros traços de sua inserção, ainda que, no contexto, se referisse somente às situações de calamidade pública. (BRASIL, 1824).

Tais dispositivos demonstram uma influência do paradigma liberal, irradiado pelos ideais lançados na revolução francesa, na independência dos Estados Unidos da América e na formação de uma Constituição liberal, o que explica a falta da previsão constitucional acerca do direito à saúde, pois a formulação estrutural ligada ao liberalismo estava mais preocupada com uma declaração de direitos de liberdade, pela prevalência de um poder autocrático do poder moderador.

Embora o direito à saúde ainda não fosse reconhecido constitucionalmente nessa época, o desenvolvimento econômico, político e jurídico contribuiu para influenciar a percepção da necessidade de regulamentação legislativa e executiva de medidas sanitárias por parte do Estado.

Citando Visconde de Uruguai, lyda noticia que a administração dos serviços de saúde pública no Império, “de 1828 a 1850 ficaram a cargo dos municípios que

nada fizeram senão organizar alguns regulamentos para tentativas de saneamento do meio”. (URUGUAI apud IYDA, 1994, p. 30).

Já no período de 1850 a 1889, a administração desses serviços foi concentrada “pela criação de órgãos centrais de saúde pública, seguidos, posteriormente, de órgãos provinciais e municipais, subordinados a um órgão central, tendo as municipalidades direito de legislar sobre a saúde pública.” (URUGUAI apud IYDA, 1994, p. 30).

Mesmo com a introdução da regulamentação legislativa sanitária, a sua não efetivação se deveu, de um lado, ao fato de que a positivação para “estabelecimento de uma organização sanitária ocorre sem a implantação de estrutura administrativa sanitária adequada, fato este comum na Saúde Pública brasileira” (IYDA, 1994, p. 31). De outro lado, às relações de compadrio dos fiscais sanitários com os vereadores, refletia na preocupação “dos fiscais, na preservação de seus empregos; e dos vereadores, na sua política clientelística.” (IYDA, 1994, p.31).

Conforme noticia Bertoli, de modo geral, “a fragilidade das medidas sanitárias levava a população a lutar por conta própria contra as doenças e a morte” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 10).

Em casos mais graves, os doentes ricos buscavam assistência médica na Europa ou nas clínicas particulares que começaram a ser criadas na região serrana fluminense. Para os pobres, restavam sobretudo os curandeiros negros, que continuaram a ser os principais responsáveis pelo tratamento dos que tinham pouco dinheiro. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 10).

Tais aspectos contribuíram para que a fama do Brasil como “um dos países mais insalubres do planeta” continuasse a se alastrar. Segundo Bertoli Filho, “era comum aconselhar aos viajantes europeus que evitasse visitar os portos nacionais.” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 11).

Segundo Hochman, o modelo institucional da saúde pública a partir do século XIX, “moveu-se lentamente rumo à unificação administrativa, buscando corresponder à eclosão frequente de epidemias de febre amarela, peste e varíola nas cidades litorâneas e em zonas de expansão econômica e de imigração.” (HOCHMAN, 1998, p. 95). Elucida que:

[...] a última grande reformulação dos serviços sanitários no Império ocorreu em 1886, a Reforma Mamoré, com a criação do Conselho Superior de Saúde Pública. Os serviços sanitários foram, então, divididos em duas

inspetorias gerais: uma de higiene, encarregada da higiene terrestre, com ênfase na capital imperial; e outra de saúde dos portos, responsável pela higiene marítima, que se organizava ao longo dos portos do país. Esse arranjo, restrito territorialmente e possuindo um conjunto limitado de prerrogativas, ainda que unificado nas mãos do poder central, foi legado ao Governo Provisório da República, que buscou em 1890, ampliar o poder da Inspetoria Geral da Higiene sobre os estados e adicionar-lhe mais atribuições, “desmunicipalizando a higiene.” (HOCHMAN, 1998, p. 95).

A omissão estatal resultou na mobilização de uma rica oligarquia que passou a aplicar consistentes quantias na área da saúde em São Paulo e no Rio de Janeiro, áreas de interesse econômico, para subsidiar a aquisição de equipamentos e funcionários especializados. Deste modo, o serviço sanitário: “pôde fiscalizar as ruas e as casas, estendendo a vigilância a praticamente tudo – fábricas, estábulos, hospitais, bares e cemitérios.” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 17). Obrigou-se, também, a notificação oficial dos casos de doenças infecto-contagiosas detectadas. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 17-19).

4.1.3 Direito à saúde no constitucionalismo liberal de 1891

Influenciado pelo paradigma liberal, o texto constitucional de 1891 não atribuiu ao Estado qualquer responsabilidade na prestação de serviços destinados à saúde. Tendo em vista que durante a República Velha (1889-1930) o país foi governado pelas oligarquias dos estados mais ricos e que a cafeicultura era o principal setor da economia brasileira, a assistência financeira da saúde foi patrocinada pela oligarquia cafeeira, vez que as questões sanitárias afetavam diretamente seus interesses econômicos:

A necessidade urgente de atualizar a economia e a sociedade – escravagista, até pouco antes – com o mundo capitalista mais avançado favoreceu a redefinição dos trabalhadores brasileiros como capital humano. Essa ideia tinha por base o reconhecimento de que as funções produtivas são a fonte geradora da riqueza das nações. Assim a capacitação física e intelectual dos operários e dos camponeses seria o caminho indicado para alterar a história do país, considerado no exterior como “região bárbara”. Era preciso sintonizá-lo com a sociedade então rotulada “civilizada” e que tinha como modelo as nações mais ricas do mundo. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 12).

A necessidade do auxílio estatal fez com que o artigo 5^o¹⁵ da Constituição passasse a ser suscitado como um *locus* de abertura à obtenção de auxílio federal aos estados por meio de acordos, para ações de saúde e saneamento. Elucida Hochman que:

[...] No arranjo formal prescrito em 1891, cada unidade deveria cuidar de si, o Governo federal, das interações com o mundo exterior, e o resultado ideal dessa cooperação entre autarquias seria um país hígido. Em um país que se tornava mais complexo, a transmissibilidade da doença (externalidades) foi percebida como um problema nacional, não contido na moldura constitucional. O recurso ao Governo central seria uma alternativa tanto para a regulação da interdependência (territorialidade) e para o enfrentamento dos males públicos, quanto para impedir a ação dos caronas e os efeitos dos ineptos (coercividade). (HOCHMAN, 1998, p.41).

Destarte, os interesses oligárquicos, conjugados com o referido dispositivo constitucional, propiciaram a “construção de uma política nacional de saúde pública. Suas bases foram estabelecidas a partir de uma negociação entre os estados e o poder central, tendo o federalismo como moldura político-institucional.” (HOCHMAN, 1998, p. 16).

Nesse sentido, para a defesa do projeto de modernização, os profissionais da medicina assumiram “o papel de guia do Estado para assuntos sanitários, comprometendo-se a garantir a melhoria da saúde individual e coletiva” (BERTOLLI FILHO, 2008, p.12).

Ademais, o incômodo gerado frente ao descaso governamental com a saúde da população e a crescente instalação de endemias¹⁶ e epidemias¹⁷ que assolaram o país culminaram na formação do movimento sanitarista, nas décadas de 1910 e 1920.

[...] O movimento sanitarista classificou o isolamento do sertanejo, destacado por Euclides da Cunha em 1902, como um estado de abandono da população rural pelas autoridades governamentais. Esse diagnóstico não só embasava demandas por ações positivas do governo em matéria de saneamento e saúde pública e pelo aumento da presença do Poder Público em vastas áreas desassistidas do país como, também, apresentava a possibilidade de conformar uma identidade de ser brasileiro distinta daquela

¹⁵ Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar. (BRASIL, 1891).

¹⁶ “doença que existe constantemente em determinada região e ataca um número de vítimas previamente esperado”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 21).

¹⁷ “Aparecimento e difusão rápida e passageira de uma doença – infecto-contagiosa ou não – que atinge um grande número de pessoas ao mesmo tempo.” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 7).

fornecida pela doença. Nesse diagnóstico, os sertões continham um grande hospital: eram ao mesmo tempo abandono e doença. (HOCHMAN, 1998, p. 68).

A visão de uma parcela da elite intelectual que considerava o Brasil como um “vasto hospital”, que necessitava de urgente intervenção do governo foi difundida por meio de uma importante pesquisa empreendida no início do século XX, pelos médicos Belizário Penna e Arthur Neiva, os quais demonstraram o “abandono das autoridades públicas, em todos os níveis, que deixava como legado as endemias rurais e suas funestas consequências.” (HOCHMAN, 1998, p. 68).

Os referidos médicos afirmaram ainda que, “esse quadro de isolamento é responsável pela ausência de qualquer sentimento de identidade nacional” (HOCHMAN, 1998, p. 67). Essa população sertaneja sabia da existência de governos apenas por que lhes era cobrado impostos de bezerros, de bois, de cavalos e burros. (HOCHMAN, 1998, p. 67).

O movimento sanitarista, destarte, procurou disseminar uma conscientização geral acerca da interdependência provocada pelas doenças transmissíveis, pois como essas não faziam distinção entre classes, havia a necessidade da união da população, em prol do combate às mesmas. Assim, se propôs a realização de uma reforma que possibilitasse a unificação e centralização das políticas de saúde e saneamento pelo governo federal. (HOCHMAN, 1998, p. 80).

De outro lado, influenciada por concepções eugênicas, difundidas nesse período, havia outra parcela da elite intelectual que “acreditava que as endemias e a baixa produtividade da população se deviam à qualidade da “raça brasileira” e não à relatada precariedade do serviço público destinado à saúde. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 23).

Apoiados nos conceitos de eugenia, dizia que a mistura de brancos, negros e índios criara um “tipo nacional” condenado à preguiça e à debilidade física e mental. [...]

Acreditavam os eugenistas que pouco poderia ser feito pelos doentes e pela saúde pública nacional, a não ser esperar o desaparecimento dos híbridos raciais e dos grupos humanos considerados “biologicamente inferiores”, entre os quais se incluíam os negros e os indígenas. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 23).

Não obstante a defesa de uma política eugenista, as mobilizações sanitaristas continuaram a defender a centralização das ações públicas para o combate às

endemias e promoção da saúde, sendo utilizados, como exemplos, as então recentes revoluções mexicana e russa. (HOCHMAN, 1998, p. 73-74).

A crise econômica cafeeira, agravada com a Primeira Guerra Mundial, viabilizou, a partir da década de 1920, uma maior aceitação da interferência do Governo Federal nas políticas econômicas.

Por consequência, delineou-se “a fragmentação de uma política social dirigida aos trabalhadores em geral e aos trabalhadores urbanos ativos, via previdência social”, pois a partir dessa década se inicia o “longo processo pelo qual a pobreza começa a ser identificada como incômoda e até perigosa e associada à valorização do trabalho e a uma esfera de maior atuação do Estado no mercado de trabalho” (GOMES apud IYDA).

A grande questão, a partir da década de 1920, era organizar o mercado de trabalho, valorizando-o para a continuidade da ordem e do progresso e, conseqüentemente, combatendo os distúrbios, como a pobreza e a doença. É dentro deste quadro geral que à Saúde Pública caberá um novo papel. Se até 1925, e assim o demonstram as reformas e a estrutura administrativa do Serviço Sanitário de 1891, 1896, 1906, 1911 e 1918, predominavam na organização institucional dos hospitais de isolamento e de doentes mentais e os serviços laboratoriais, que eram bases fundamentais no controle de doenças específicas, a partir da década de 1920, o Serviço Sanitário começa a ampliar suas atividades, com a proteção à infância, a inspeção de amas de leite e a profilaxia geral. (IYDA, 1994, p. 50).

A consciência da interdependência social, ou seja, de que um indivíduo doente poderia causar danos aos demais, significava também a percepção de que as condições de saúde de um indivíduo não eram um assunto privado.

O desenvolvimento científico, produzido no campo da medicina preventiva e curativa, voltados para a epidemiologia, definiu uma “área científica chamada de medicina pública, medicina sanitária, higiene ou simplesmente saúde pública”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 12).

Para Hochman, o surgimento das políticas de proteção social se deu a partir “de uma articulação entre consciência social das elites e seus interesses materiais a partir de oportunidades por ela vislumbradas com a coletivização do bem-estar”. (HOCHMAN, 1998, p. 15-16).

Do ponto de vista histórico, o surgimento dessa consciência social foi um capítulo significativo do processo de descoberta da comunidade nacional, ou de construção do Estado-nação. A percepção da generalização da interdependência e de seus efeitos seria marcada por um senso abstrato de

responsabilidade e pelo debate em torno de soluções, que melhorariam a situação daqueles que estavam em estado de privação e, conseqüentemente, atenuariam a ameaça aos poderosos, ricos e sadios. Se a consciência da interdependência social diz respeito à constituição da comunidade nacional, as soluções para os efeitos externos referem-se ao lugar da autoridade pública. (HOCHMAN, 1998, p. 52).

Em segundo lugar, afirma Hochman que o modelo organizacional e os conteúdos substantivos dessas políticas “são objetos de cálculo e barganha em torno dos custos e benefícios da estatização *vis-à-vis* nos custos impostos pela interdependência social.” (HOCHMAN, 1998, p. 15-16).

A era do saneamento, ao mesmo tempo história e construção analítica, denota um ciclo de estatização da política de saúde no Brasil Republicano. Em um primeiro estágio, marcado pela ordem estabelecida em 1891, haveria uma combinação da saliência do poder coercitivo da autoridade sanitária com a timidez territorial (infra-estrutural). O segundo estágio (1910-1930) significaria uma continuidade nos acúmulos despóticos do Estado, mas agora combinados com a constituição territorial do Poder Público ou com o aumento do poder infra-estrutural, principalmente na década de 20. O processo de coletivização e nacionalização da saúde, ao longo da Primeira República, revela a criação de Poder Público, tanto no que diz respeito a sua capacidade infra-estrutural, quanto ao seu poder despótico. [...] (HOCHMAN, 1998, p.42).

Uma importante conquista relativa ao direito à saúde ocorre em 1923, com a promulgação da Lei nº 4.682 de 24 de janeiro, conhecida como Lei Eloy Chaves. Nela foi instituído o sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensão (CAPs), que concedia benefícios previdenciários e de assistência médica para algumas classes de trabalhadores. Inicialmente era restrita aos trabalhadores ferroviários, sendo, posteriormente, ampliada aos marítimos e estivadores. (MERCADANTE, 2002, p.237).

Mediante o desconto mensal de 3% do salário dos funcionários e 1% da renda bruta das empresas, ficava assegurado aos ferroviários o direito de aposentadoria por tempo de serviço ou por invalidez, o tratamento médico e os medicamentos, o auxílio para o funeral e ainda o direito de pensão aos herdeiros do segurado falecido. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 33).

Entretanto, além da restrição da cobertura imposta pelas CAPs a poucas classes de trabalhadores, demonstrando sua insuficiência para gerir o sistema sanitário de população, esse aparelho apresentou outro problema, qual seja, a desorganização gerada pela autonomia de cada CAP, para conduzir seu próprio funcionamento técnico e administrativo.

A falta de regras comuns resultou nas disparidades de cada plano de benefício. “Cada órgão estabelecia seu regulamento, que refletia parcialmente os anseios de cada segmento da classe trabalhadora e dependia da capacidade de receita disponível por meio das contribuições”. (MERCADANTE, 2002, p. 237).

4.1.4 Direito à saúde na Revolução de 1930 e seus desdobramentos. O Brasil sob Vargas, 1930-1954

Com a perda da hegemonia burguesa cafeeira, agravada com a crise mundial de 1929 e a conseqüente revolução de 1930, Getúlio Vargas foi eleito Presidente da República. O país passou por um momento de centralização da máquina governamental, sendo as políticas sociais utilizadas como pretexto de “bondade” do Presidente para encobrir o sistema autoritário, que passara a ser instalado no Brasil. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 30; IYDA, 1994, p. 55). Nesse período:

O Estado deveria intervir sobre a liberdade do indivíduo e sua propriedade para proteger a comunidade. O poder de polícia da autoridade sanitária estaria definido pela necessidade de agir contra os poluidores do solo e da água, os vendedores de produtos contaminados ou fraudadores, os disseminadores, conscientes ou não, de germes, entre outros, cujos comportamentos por quaisquer razões produzissem efeitos externos negativos. (HOCHMAN, 1998, p. 86.)

O sistema das Caixas de Aposentadoria e Pensão continuou a ser adotado, pois “sob a tutela do Estado, esses órgãos garantiam assistência médica a uma vasta parcela da população urbana, sem gastar nenhuma verba da administração federal”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 33).

Ao final de 1932, existiam 140 CAPs com quase 19 mil segurados ativos, 10.300 aposentados e aproximadamente 8.800 pensionistas. Entre as prestações oferecidas aos segurados das CAPs, constavam, além das de natureza previdenciária, a assistência médica e o fornecimento de medicamentos. (MERCADANTE, 2002, p. 237).

As Caixas de Aposentadoria e Pensões foram centralizadas e unificadas, sendo criados, nesse contexto, os Institutos de Aposentadoria por categoria profissional – os IAPs, para gerir a assistência médica e a aposentadoria dos trabalhadores, por meio de arrecadação dos recursos com a cobrança de percentual salarial. (BRASIL, 2011a; RISI JÚNIOR; NOGUEIRA, 2002, p.123).

A Constituição de 1934 representou pela primeira vez uma preocupação expressa com a saúde pública, vez que previa a responsabilização da União, dos Estados e dos Municípios pela adoção de medidas legislativas e administrativas para restringir a dimensão de problemas como a morbimortalidade¹⁸ infantil, a higiene mental e a propagação das doenças transmissíveis¹⁹.

A nova organização do setor de saúde anunciava o compromisso do Estado de zelar pelo bem-estar sanitário da população. Tal promessa foi recebida de modos diferentes pelas lideranças políticas estaduais. Nas áreas onde havia pouca ou nenhuma assistência médico hospitalar, essa proposta foi naturalmente bem aceita: esperava-se que as vilas e cidades mais carentes atraíssem a atenção do governo federal e recebessem postos médicos e até mesmo hospitais. Nos estados mais ricos, que já possuíam serviços de saúde organizados, a intervenção federal foi considerada desnecessária e centralizadora, mais dificultando que ajudando a melhorar o atendimento à população. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 31).

A partir de 1937, quando foi instituída a ditadura do Estado Novo, Vargas buscou intensificar a centralização da máquina governamental e bloquear as reivindicações sociais. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 30).

A Constituição de 1937, inspirada no fascismo europeu, instituiu o autoritarismo corporativista do Estado Novo e implantou uma ditadura do Executivo (todos os poderes concentrados nas mãos do presidente da República) que se permitia legislar por decretos-leis e reduzir arbitrariamente a função do Congresso Nacional, bem como dirigir a economia do país, intervir nas organizações sociais, partidárias e representativas, além de restringir a prática efetiva e plena dos direitos dos cidadãos. (WOLKMER, 2002, p. 131-114).

A despeito disso, de um modo geral, o período de Vargas contribuiu para o avanço na área da saúde dos trabalhadores, pois ampliou a assistência médica, apesar de muitos brasileiros, principalmente os trabalhadores da área rural e os desempregados, continuarem sem garantias legais de acesso aos serviços de saúde.

¹⁸ Morbimortalidade é o “impacto das doenças e dos óbitos que incidem em uma população”. (BRASIL, 1998).

¹⁹ Artigo 138: “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...]

f) adoptar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbilidade infantis; e de hygiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da hygiene mental e incentivar a lucta contra os venenos sociaes.” (BRASIL, 1934).

Durante a era Vargas houve uma nítida diminuição das mortes por enfermidades epidêmicas, principalmente nos grandes centros urbanos do Sudeste e do Sul do país. Por outro lado, cresceram as chamadas doenças de massa (que atingem milhares, até milhões de pessoas). Estabeleceu-se assim um quadro marcado por várias doenças endêmicas, entre elas a esquistossomose, a doença de Chagas, a tuberculose, as doenças gastrointestinais, as doenças sexualmente transmissíveis e a hanseníase. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 37).

A proliferação das doenças endêmicas no país tornou a questão da saúde cada vez pior, sendo levantadas duras críticas à insuficiência da assistência à saúde por parte do governo:

[...] As caixas apresentavam serviço irregular, oferecendo pouca cobertura aos doentes mais graves. Os operários tuberculosos, por exemplo, enfrentavam muita dificuldade para receber assistência: o tratamento era longo e exigia que o doente ficasse internado em sanatórios localizados nas regiões montanhosas, obrigando-o a ficar longe do trabalho e da família. Por isso os institutos previdenciários criaram uma legislação própria para os tuberculosos. O doente devia optar entre receber uma parte do salário e tratar da saúde por conta própria, ou submeter-se ao isolamento sanatorial, abrindo mão de qualquer ajuda econômica. [...] (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 33).

Diante do contexto apresentado ocorreu uma intensificação do movimento sanitário, provocada pela necessidade de cuidar da educação na área da saúde. “Seu objetivo era convencer a população da necessidade de mudar hábitos tradicionais anti-higiênicos, que facilitavam a disseminação de doenças, principalmente as de caráter infecto-contagioso”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 34).

4.1.5 Direito à saúde no constitucionalismo brasileiro do pós-guerra

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, eclodiram grandes manifestações populares no Brasil que resultaram na deposição de Getúlio Vargas. Nesse período, “assiste-se a uma profunda transformação no desenvolvimento das forças produtivas, acelera-se o processo de urbanização e constata-se uma maior presença política dos trabalhadores” (IYDA, 1994, p. 86).

Entretanto, Bertolli Filho afirma que:

Mesmo sob regime democrático, a política populista inaugurada por Vargas foi mantida. Os presidentes da República continuaram a buscar o apoio popular com medidas demagógicas, destinadas mais a firmar sua imagem como “país do povo” do que a resolver de fato os grandes problemas da população. Os movimentos sociais, por sua vez, exigiam que os

governantes cumprissem as promessas de melhorar as condições de vida, de saúde e de trabalho. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 39).

Na elaboração da Constituição Democrática em 1946, o Estado era responsável pela legislação sanitária e pelo controle da assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva dos trabalhadores.²⁰ Ao assumir o governo nesse mesmo ano, Eurico Gaspar Dutra “estabeleceu como prioridade a organização racional dos serviços públicos. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 39).

Contudo, “a ineficiência burocrática herdada do período anterior e as disputas entre os diferentes grupos políticos emperraram as reformas desejadas pelo governo e exigidas pela sociedade.” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 40).

O plano Salte (elaborado em 1948), que tinha como objetivo a melhoria dos sistemas de saúde, alimentação, transporte e energia, não chegou a ser totalmente posto em prática. Por isso, os jornais denunciavam que no setor da saúde tudo continuava como no tempo da ditadura. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 40).

Em 1953, no segundo período presidencial de Getúlio Vargas, foi criado o Ministério da Saúde, incumbido de “combater as doenças que atingiam, sobretudo, a população do interior, como a doença de Chagas, o tracoma e a esquistossomose”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 40-41).

Um vetor de grande preocupação era o alto índice de mortalidade infantil. A cidade de Natal (RN), por exemplo, apresentava um índice de 421,6 mortes por mil nascidos vivos, em 1955. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 46). Relata Bertolli que:

O precário atendimento à infância era outra marca visível da crítica da saúde no país, em contraste com a euforia desenvolvimentista dos anos 50 e 60. O índice de mortalidade infantil era altíssimo, principalmente nas capitais, que haviam crescido rapidamente com o êxodo rural a partir de 1945. Esse índice – dado pelo número de mortes de crianças com menos de um ano de vida – ultrapassava até mesmo as taxas da Índia, do Peru e de El Salvador. Era a consequência terrível do desconhecimento das regras básicas de higiene e sobretudo da ausência de sistemas de tratamento e distribuição de água e coleta de esgoto. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 44).

²⁰ Art. 5º - Compete à União:

[...] XV – Legislar sobre:

[...] b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;

[...] Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

[...]XV – assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. (BRASIL, 1946).

Desse modo, continuava a predominância de práticas clientelistas, na qual a interferência política se configurava como “um ato de bondade dos políticos, do qual se podiam tirar boas vantagens eleitorais” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 45).

[...] Apesar das repetidas promessas oficiais de criar condições para a melhoria do padrão de vida da população, na verdade o Estado acaba privilegiando os investimentos na expansão da produção. Com isso, beneficia muito mais a elite econômica do que a parcela mais pobre da sociedade. A adoção do regime republicano manteve, pelo menos em boa parte, a política da desigualdade que beneficia os grupos sociais mais ricos, condenando a maioria da população a condições precárias de vida. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 15).

Conforme aponta Bertolli Filho, historicamente, a política social constituiu o setor menos privilegiado pelas autoridades republicanas do Brasil. Mesmo com a consolidação da ideia de que o cidadão representava uma considerável fonte geradora de riqueza nacional, a débil execução de medidas sanitárias seguia uma lógica das relações sociais dominantes. (BERTOLLI FILHO, 2008).

Nesse contexto, afirma Bertolli Filho que “o setor privado da medicina começou a pressionar o governo federal e os governos estaduais a restringir ou mesmo interromper os planos de construção de hospitais públicos”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 43), pois:

Como acontecia com o setor de educação no mesmo período, os proprietários de casas de saúde defendiam a posição de que o Estado não deveria competir com a medicina privada: deveria fazer doações e empréstimos a juros baixos para que os empresários criassem uma grande rede de clínicas e hospitais. Essa rede venderia seus serviços à população, aos institutos de aposentadoria e pensões e ao próprio governo. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 44).

Entretanto, “o setor político interveio nos debates, aprovando leis que garantiam privilégios para os grupos privados prestadores de serviços médicos-hospitalares.” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 44).

[...] Muitas verbas oficiais destinadas a essa área iam para deputados que também eram sócios de clínicas e hospitais. Eram eles, bem mais do que a população, os beneficiados pelas verbas públicas. No Maranhão, por exemplo, em 1960 uma família de políticos e latifundiários era proprietária de oito hospitais, que atendiam exclusivamente os doentes que pudessem pagar pela assistência médica. E essa rede de hospitais era financiada por empréstimos federais, que nunca chegaram a ser devolvidos ao governo. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 44).

Afirma Iyda que “a deterioração das condições de vida, em decorrência da queda salarial, suscitou uma série de movimentos grevistas entre 1953 e 1963.” (IYDA, 1994, p. 105).

A partir do início de 1950, desencadeou-se uma série de protestos – como as passeatas de “Panela Vazia” – e paralisações de trabalho, que culminaram em São Paulo com um movimento grevista quase geral, conhecido como a Greve dos Trezentos Mil, iniciado no dia 26 de março de 1953 e que chegou a paralisar 276 empresas industriais; a greve alastrou-se para outras categorias, além dos operários têxteis, apesar da oposição dos sindicatos; os ferroviários de Sorocaba, Bauru e Botucatu também aderiram ao movimento grevista que marcou a reconquista do direito de greve ao se opor ao decreto-lei n. 9070 de 1946. A escalada inflacionária do governo Juscelino Kubitschek (1956-1961) detonou a greve dos quatrocentos mil; em outubro de 1957, coordenado pelo PUI (Pacto de Unidade Intersindical formado em 1954), deflagrou-se um movimento por uma coligação de sete sindicatos da capital, cujas reivindicações eram a extinção do decreto-lei n. 9.070, aumento salarial e medidas contra carestia. (IYDA, 1994, p. 105).

Por meio das pressões sindicalistas, a cobertura da assistência médico-hospitalar foi ampliada, mas, por outro lado, houve uma grande queda na qualidade dos serviços.

[...] Tornaram-se comuns as longas filas de enfermos nas portas dos hospitais, as consultas médicas que duravam poucos minutos, a dificuldade de obter internamento imediato para os pacientes em estado mais grave. E não foram raras as mortes de trabalhadores por falta de atendimento de emergência eficiente. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 43).

Segundo Iyda a “ideia de uma racionalidade passa a vigorar, já na década de 1950, no setor da saúde, numa tentativa discursiva de separação entre administração e política.” (IYDA, 1994, p. 106).

Esta tentativa corresponde às novas condições econômicas e políticas no Brasil e na América Latina, em decorrência da agudização dos conflitos sociais, expressos internamente pelos movimentos reivindicatórios da década de 1950 e, externamente, pela Revolução Cubana, em janeiro de 1959. (IYDA, 1994, p. 106).

Diante dessa situação a medicina se reestruturou e “passou a ser interpretada como uma prática social capacitada para lutar, através dos canais políticos, pelo bem-estar coletivo”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 48). Todavia:

A convergência de interesses da comunidade médica e dos movimentos populares levou as questões sanitárias a ocuparem papel importante nas reivindicações dos trabalhadores urbanos e rurais. O presidente João Goulart, comprometido com o programa de Reformas de Base, encontrava dificuldades em atender as reclamações do povo e ao mesmo tempo garantir o apoio dos grupos de latifundiários e industriais que lucravam com a miséria que colaboraram com a ocorrência de um novo período ditatorial na história brasileira. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 48).

Logo, as bases do Estado Novo não conseguiram implantar uma política social de saúde adequada e suficiente para as necessidades da população de trabalhadores brasileiros.

4.1.6 Direito à saúde na autocracia militar de 1964-85

Em 1964 com o golpe de Estado realizado pelos chefes das Forças Armadas, iniciou-se o período de ditadura militar no Brasil. Por meio do Ato Institucional nº 2 foram realizadas modificações estruturais na administração pública, para centralizar o poder e privilegiar a autonomia do Executivo e limitar o campo do Legislativo e do Judiciário. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 49). Foi justamente nesse período que decaíram as caixas e institutos assistenciais, substituídas pela criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que beneficiava os seus segurados.

Aproveitando-se das dificuldades das antigas caixas e institutos de aposentadoria e pensões, o governo criou em 1966 o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), unificando todos os órgãos previdenciários que funcionavam desde 1930. Dirigido pelos técnicos e políticos vinculados ao novo regime, o INPS ficou subordinado ao Ministério do Trabalho, assumindo o patrimônio e os compromissos dos organismos que o antecederam. Estabeleceu-se assim, na esfera pública, um sistema dual de saúde: O INPS deveria tratar dos doentes individualmente, enquanto o Ministério da Saúde deveria, pelo menos em teoria, elaborar e executar programas sanitários e assistir a população durante as epidemias. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 54).

A Constituição de 1967 previa a competência da União para estabelecer planos nacionais de saúde, legislar sobre normas de defesa e proteção da saúde e assegurar os direitos de assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva aos trabalhadores.²¹

²¹ Art. 8º - Compete à União:[...]XIV – estabelecer planos nacionais de educação e saúde; [...] XVII – Legislar sobre: [...] c) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário; (BRASIL, 1967).

Houve uma expressiva redução das verbas destinadas aos serviços à saúde nesse período. Se em 1961, por exemplo, a participação do Ministério da Saúde no orçamento da União era de 4,57%, em 1974, essa participação foi de 0,94%. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 51).

Em nome da política de “segurança e desenvolvimento”, cresceu o orçamento dos ministérios militares, dos Transportes e da Indústria e Comércio. O Ministério da Saúde, enquanto isso teve de se restringir quase somente à elaboração de projetos e programas, delegando a outras pastas, como as da Agricultura e da Educação, uma parte da execução das tarefas sanitárias. Tal decisão não trouxe melhoria aos serviços de saúde. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 51).

Além disso, “uma parte do pouco dinheiro destinado ao setor foi desviada para o pagamento dos serviços prestados por hospitais particulares aos doentes pobres”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 51). Cumpre salientar que os baixos preços pagos pelos serviços médico-hospitalares e a “demora na transferência das verbas do INPS para as entidades conveniadas resultaram na fragilidade desse sistema de atendimento à população”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 55).

Segundo Bertolli Filho, “enquanto o governo reduzia ou atrasava os recursos para a rede conveniada, hospitais e clínicas aumentavam as fraudes para receber aquilo a que tinham direito, e muito mais”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 55). Nesse contexto, “guias de internação falsificadas, cirurgias desnecessárias e a prática de cesariana em vez de parto normal passaram a ser mecanismos comuns de fraude”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 55).

Por essa época, o INPS ameaçava sucumbir à incapacidade gerencial e à complexidade do sistema previdenciário, além da enxurrada de fraudes dos hospitais privados. Buscando contornar esses obstáculos, em 1974 foi criado o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Ao incorporar o INPS, o Ministério da Previdência livrou-o das imposições do Ministério do Trabalho, renovando assim a promessa de garantir a saúde dos segurados. Para controlar a onda de corrupção, pagamentos ilegais de serviços médicos e aposentadorias “fantasmas”, o governo criou também a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (Dataprev), tentando conter a evasão de recursos. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 56).

Nesse momento, emergiu a abertura de um espaço para ser organizada a chamada medicina de grupo “com o objetivo de oferecer melhor atendimento aos

[...] Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

[...] XV – assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; (BRASIL, 1967).

trabalhadores e reduzir os períodos de licença dos funcionários doentes”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 55).

[...] as grandes e médias empresas começaram a firmar contratos com grupos médicos, que substituíam os serviços prestados pelo INPS. Como resultado desses acordos, as empresas deixavam de pagar a cota previdenciária ao governo e em troca comprometiam-se a prestar assistência médica a seus empregados, recebendo ainda subsídios do próprio governo federal. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 55).

O capital estrangeiro passou a se interessar em investir nas companhias de seguro-saúde pela sua lucratividade e também na indústria farmacêutica. Como a indústria farmacêutica nacional não tinha condições de concorrer com os laboratórios e empresas internacionais, o país ficou em uma situação delicada, pois essas empresas passaram a determinar os preços e a qualidade dos medicamentos vendidos no Brasil.

Uma infinidade de novas drogas, muitas delas de eficiência duvidosa ou já proibidas em outros países, passou a ser vendida todos os anos. Em 1976 existiam nas farmácias do Brasil cerca de cinco mil remédios considerados supérfluos, sem nenhum papel significativo na cura de qualquer enfermidade. E as tentativas governamentais de controlar o preço dos medicamentos esbarram no desinteresse dos laboratórios. Quando ameaçados pelo poder público, eles simplesmente interrompem a distribuição de seus produtos, deixando a população sem acesso a remédios vitais. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 59).

Relata Bertolli Filho que “apesar de todas as deficiências, a expansão da assistência médica individual e do número de leitos hospitalares repercutiu na queda dos índices de mortalidade geral” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 56). Se em 1960 “esse índice era de 43,3 óbitos por mil habitantes; vinte anos depois, caiu para 7,2. Também a expectativa média de vida se elevou para aproximadamente 63 anos. Ainda assim, o Brasil permanecia como um dos países mais enfermos da América Latina, superado em 1979 apenas por Haiti, Bolívia e Peru”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 56).

Conforme observa Vial, a saúde no Brasil antes da Constituição de 1988, “acumulou uma longa experiência de fazer parte de um sistema social nos moldes de seguro, que demonstrou ser excludente e injusto, na medida em que somente tinham acesso aos benefícios os trabalhadores formais” (VIAL, 2010, p.17), que contribuía, para tanto, regularmente.

Assevera que a saúde era tratada como “um complemento dos benefícios da previdência social, e suas ações e serviços foram administrados por gestores de outras políticas. Cada serviço atendia a uma clientela específica”. (VIAL, 2010, p.17).

Vial destaca que os reflexos disso ainda podem ser observados “na crescente e constante privatização dos serviços de saúde, embora ela agora seja um direito fundamental, constitucionalmente assegurado”. (VIAL, 2010, p.17).

4.1.7 Direito à saúde no processo de (re)democratização e o constitucionalismo democrático de 1988

Diante da falência do modelo econômico do regime militar, manifestada principalmente no descontrole inflacionário, a partir da década de 70, a sociedade se mobilizou, exigindo liberdade, democracia e eleição direta para a presidência. Por sua vez, “a mobilização pela volta de eleições diretas permitiu que em 1989 a população pudesse eleger soberanamente o presidente da República, já com a nova Constituição (1988) em vigor”. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 60).

Segundo explicita Sandra Vial, é possível dizer que a Constituição foi construída a partir da participação popular “cujo ensejo foi a temática dos direitos humanos, além do contexto social vivenciado na década de 1980, que era o momento ideal para a construção de um documento social e político”. (VIAL, 2010, p. 15).

Além disso, tendo em vista que, mesmo com a previsão da responsabilidade estatal para gerir e prestar serviços destinados à saúde pública, no momento de execução desses planos governamentais, eles se mostraram precários e insuficientes, foi relevante a mobilização popular que em inúmeras ocasiões cuidou de fiscalizar e exigir a melhoria da atuação estatal.

Cientes desses fatos e também do péssimo estado de saúde da população, os profissionais do setor organizaram-se na defesa da profissão e dos direitos dos pacientes. Disso resultou, ainda no final dos anos 70, o surgimento da Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (Abrasco) e do Centro Brasileiro de Estudos em Saúde (Cebes). A partir dessas associações, desenvolveu-se o chamado Movimento Sanitarista que, ao incentivar as discussões, buscou encontrar respostas para os dilemas da política de saúde nacional. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 63).

Ao elaborar um documento chamado “Pelo direito universal à saúde”, afirmou-se que “o acesso à assistência médico-sanitária é um direito do cidadão e dever do Estado” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 63), repercutindo nos trabalhos da Assembléia Constituinte.

[...] Após os inevitáveis confrontos com os lobbies patrocinados pelos empresários que lucravam com a falência da saúde pública, a redação final da Constituição promulgada em 1988 incluiu a maior parte das propostas das organizações populares e de especialistas na área da saúde. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 63).

Segundo Aith, esse novo desenho constitucional da saúde, fixado em 1988, “representou uma importante base política e democrática para inúmeros avanços institucionais, administrativos, jurídicos, econômicos e sanitários associados ao setor da saúde.” (AITH, 2010, p. 74).

Isto porque a saúde pública, que até então era uma assistência estatal, passou a ser um direito fundamental, e a prestação das ações e serviços destinados à saúde, que era limitada aos trabalhadores, passou a ser ampliada para todos.

A promulgação da Constituição da República representou no Brasil a modificação do paradigma de Estado, norteador da vivência da sociedade. Por consequência, todos os institutos jurídicos deveriam ser repensados para sua adequação.

Para Flavia Piovesan “a constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição e da institucionalização dos direitos humanos no país.” (PIOVESAN, 2006, p. 111).

O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós-ditadura”. Após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional. (PIOVESAN, 2006, p. 111-112).

Todavia, salienta Lyda que “a Constituição de 1988, que parece ser o fim de um longo processo de luta pela cidadania não implantada na República, em 1989,

quando a Saúde Pública passa ao domínio estatal, é apenas um novo recomeçar.” (IYDA, 1994, p. 15).

Um recomeçar mais árduo, mais complexo diante do avanço das relações capitalistas na saúde, da deterioração da coisa pública e, portanto, dos serviços de saúde, e diante de um deplorável quadro de miséria da população brasileira. (IYDA, 1994, p. 15).²²

O texto constitucional elenca os direitos considerados fundamentais, os quais devem ser observados para o exercício de quaisquer das esferas da atividade estatal. Sallienta Baptista da Silva que no Brasil:

[...] É a primeira vez na história em que os homens tentam realizar uma democracia verdadeiramente universal, sem privilégios de classe, de sexo, de idade e de raça; sem distinções fundadas em crenças políticas, econômicas, religiosas e mesmo éticas. [...] (SILVA, 2006, p. 330).

O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro é reconhecido como um direito fundamental expresso nos artigos 6º²³ e 196²⁴ da Constituição. Estende-se, ainda, ao inciso III do artigo 1º, que relaciona a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e à previsão do artigo 5º, que assegura a inviolabilidade do direito à vida.

Reconhecido ainda no âmbito internacional, o direito à saúde está incluído em diversos tratados e documentos internacionais que reforçam sua defesa, destacando-se o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁵ e o artigo 12º do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e

²² Tendo em vista que “os sucessivos planos de estabilização fracassaram e a inflação anual elevou-se a mais de 2.000% em 1993. O governo Federal manteve a política econômica recessiva. Limitou investimentos, cortou verbas públicas nos setores sociais – inclusive na saúde – e conteve os salários, a ponto de reduzir o salário mínimo a cerca de 25% do seu valor inicial, de julho de 1940. O país reconquistou a democracia em meio a uma das mais graves crises econômicas e sociais de sua história. (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 60).

²³ “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”. (BRASIL, 1988).

²⁴ “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”. (BRASIL, 1988).

²⁵ “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010a, p. 2-3).

culturais de 1978²⁶, que por ter sido recepcionado pelo Decreto nº 591, de 1992, possui força de emenda constitucional, nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição de 1988.

A saúde consiste, conforme definição elaborada Organização Mundial de Saúde, “um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 1946, p.1). No mesmo diapasão, dispõe a legislação brasileira no parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 8.080/90 que “dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.” (BRASIL, 1990, p.1).

É possível afirmar, assim, que a saúde está ligada à integridade física e mental do ser humano, ao exercício normal das funções do corpo humano. Assim, o direito à saúde não está ligado apenas à recuperação da saúde dos indivíduos doentes, mas inclui também medidas profiláticas, ou seja, aquelas formuladas no intuito de se evitar a ocorrência de dano gerado à saúde.

Além disso, é preciso entender que o fato de o direito à saúde ser um direito social, não significa que abarca apenas a coletividade, mas, estende-se, também, ao indivíduo.

Conforme elucida Ingo Sarlet (2008), o direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, que se insere no conteúdo de direitos sociais, caracterizados por outorgarem ao indivíduo, direitos e prestações sociais estatais. A divisão, contudo dos direitos fundamentais em dimensões ou mesmo gerações (BONAVIDES, 2001) não estabelecem um grau hierárquico para os direitos fundamentais. Devendo assim a partir do texto constitucional e com base no paradigma do Estado Democrático de Direito reconhecer que o direito a saúde é um direito fundamental.

O direito fundamental ora estudado constitui-se em importante meio de conscientização da sociedade e principalmente dos agentes que compõem a

²⁶ “1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança; b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010b).

Administração Pública, no sentido de que a concretização da mencionada garantia conferida constitucionalmente somente poderá ser alcançada por meio da implementação essencial de meios destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos.

Como se verificou na narrativa histórica acerca da saúde no direito brasileiro, a não assunção estatal da responsabilidade de sua implementação acarretou a desorganização e precariedade das condições sanitárias no país.

Além disso, a monopolização da definição das ações e serviços destinados à saúde implicou na falta de garantias ao direito à saúde, pois os cidadãos ficavam à mercê do “assistencialismo” definido apenas pelo executivo. A discussão do direito à saúde no Brasil apenas tomou força, como destaca Sandra Vial, “no pós-constituição, mais especificamente após a criação do Sistema Único de Saúde” (VIAL, 2010, p.14).

A inserção das funções legislativa e jurisdicional na formulação da configuração do Sistema Único de Saúde representou uma conquista que possibilitou a previsão da saúde como um direito, garantido na Constituição.

Desse modo, a interpretação jurisdicional liberal é considerada alheia aos problemas já vivenciados no âmbito da saúde, quando essa era concentrada exclusivamente pelos atos da função executiva.

Hoje não há, pois, cabimento para omissão da função jurisdicional diante dos pedidos judiciais de medicamento, pois conforme ensina Habermas, se não passíveis de reclamação judicial, não seriam direitos fundamentais. (HABERMAS, 1997a; 1997b;).

Ressalte-se que, conforme afirma Dworkin, o Direito é fruto da história e da moralidade, sendo os juízes e legisladores como grupo de romancistas que têm a responsabilidade de continuar a história que vinha sendo contada antes deles, por outros narradores. Esses romancistas não podem, assim, romper a coerência narrativa, todavia sim, continuar a história, atentos a novos elementos, voltando-se, portanto, tanto para o passado quanto para o futuro. (DWORKIN, 2010).

Entretanto, os julgadores que adotam a interpretação jurisdicional radical liberal não respeitam a integridade do direito, pois ao se eximirem de julgar um pedido de concessão de medicamento, sob o fundamento de que seria uma interferência do judiciário nas funções executiva e legislativa, demonstram que ainda não reconhecem que a saúde é um direito fundamental, reduzindo-o a mero

assistencialismo e, também, não reconhecem o direito ao processo como garantia do cidadão para a concretização dos direitos fundamentais.

É necessária a compreensão de que a atual configuração do direito à saúde foi construída a partir das experiências vivenciadas em um país que foi inicialmente explorado como colônia, sem identidade nacional, que chegou a ser considerado como um inferno habitado por indivíduos com pouca expectativa de vida, que durante o império e à República Velha obteve a prestação de alguns serviços sanitários devido ao interesse econômico das ricas oligarquias e que a partir da era Vargas passou a ter acesso aos serviços de saúde restrito aos trabalhadores contribuintes, sendo prejudicado pelos desvios de verbas destinadas à saúde e com a abertura para a exploração econômica do setor privado da medicina, financiado principalmente pelo capital estrangeiro.

A previsão da saúde como um direito fundamental foi inserida num contexto de luta pela dignidade da pessoa humana, que instituiu uma república democrática, que atribuiu o poder ao povo, para exercê-lo de forma direta ou indireta, que garante o direito ao processo para concretização dos direitos fundamentais, assegurando o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do julgador e a fundamentação das decisões jurisdicionais.

O direito universal, integral e gratuito à saúde, previsto na Constituição significou o fim do assistencialismo, que permitia ao legislativo ou executivo formular políticas públicas por critérios de conveniência. Assim, são inconstitucionais os fundamentos decisórios que deixam de conceder um medicamento pelo argumento de que a função jurisdicional não poderia “interferir” na esfera das demais funções, mesmo porque o judiciário somente atua quando provocado por um cidadão, então é o cidadão que está requerendo judicialmente o cumprimento de seu direito constitucional.

5 INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL RADICAL SOCIAL

A interpretação jurisdicional radical social foi assim denominada a partir da observação de que algumas fundamentações jurisdicionais pesquisadas, relativas ao direito à saúde, adotam uma leitura extremada do artigo 196 da Constituição, que o prevê como um direito de todos e dever do Estado, para, assim, deduzir que o judiciário deve conceder a totalidade dos medicamentos que lhe são pleiteados, sendo, pois, radical.

Tal posicionamento aposta numa sobreposição da função jurisdicional sobre as funções executiva e administrativa, proferindo decisões com base em discursos de autoridade e pautadas na discricionariedade, pois desconsidera os parâmetros normativos e as peculiaridades do caso, concedendo o medicamento pleiteado de forma desenfreada.

Para a compreensão de tal interpretação e introdução ao estudo sobre os direitos fundamentais, descreveu-se a concepção garantista, desenvolvida por Ferrajoli (2009).

5.1 A concepção garantista dos direitos fundamentais de Ferrajoli

Ferrajoli formula uma definição estrutural dos direitos fundamentais, que almeja ser válida para qualquer ordenamento jurídico. Na sua concepção, os direitos fundamentais seriam “aqueles direitos subjetivos²⁷ que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status*²⁸ de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir.” (FERRAJOLI, 2009, p. 39).

Para Ferrajoli, sua definição dos direitos fundamentais seria válida, de forma acontextual e atemporal, pois entende que os referidos direitos se configurariam sempre que um direito fosse imputado normativamente de forma universal²⁹. Afirma que as modificações ocorridas na configuração dos direitos fundamentais ao longo

²⁷ Para Ferrajoli o direito subjetivo compreende uma “expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não-lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica” (FERRAJOLI, 2009, p. 39).

²⁸ Ferrajoli compreende por “*status*”, “a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídica e/ou autor dos atos que estão em exercício.” (FERRAJOLI, 2009, p. 39).

²⁹ Ferrajoli entende o caráter “universal” dos direitos fundamentais, no sentido: “puramente lógico e avalorativo da qualificação universal da classe de sujeitos que deles são titulares” (FERRAJOLI, 2009, p. 40).

do tempo, ou no ordenamento ao qual estariam vinculados, relacionar-se-iam às concepções de classe de sujeitos (pessoa, cidadão, capaz de agir), cuja titularidade é reconhecida normativamente como direito fundamental. (FERRAJOLI, 2009).

A reformulação dos direitos fundamentais estaria vinculada, assim, as alterações dos critérios de definição de cada uma dessas classes de sujeitos, como, por exemplo, as restrições quanto ao sexo, ao nascimento ou ao censo. (FERRAJOLI, 2009, p. 41).

Entende que, hodiernamente, existem duas delimitações concebíveis para definição das classes de sujeitos, compreendidas pelos direitos fundamentais: os direitos de personalidade e os direitos de cidadania.

Os direitos de personalidade seriam relacionados a “direitos primários (ou substanciais), extensivo a todos, e a direitos secundários (ou instrumentais ou de autonomia), que dizem respeito somente às pessoas capazes de agir” (FERRAJOLI, 2009, p. 42). Os direitos de cidadania, por sua vez, se subdividem em duas categorias: “os que dizem respeito a todos ou somente aos cidadãos.” (FERRAJOLI, 2009, p. 42).

Por meio da mencionada divisão, Ferrajoli identifica quatro categorias de direitos: os direitos humanos, “direitos primários das pessoas, que dizem respeito indistintamente a todos os seres humanos”; os direitos públicos, “direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos”; os direitos civis, “direitos secundários destinados a todas as pessoas humanas capazes de agir” e os direitos políticos, “direitos secundários reservados somente aos cidadãos capazes de agir.” (FERRAJOLI, 2009, p. 42).

As referidas classificações desenvolvidas por Ferrajoli consistem a base em que sustenta suas quatro teses acerca dos direitos fundamentais. A primeira delas refere-se sobre a distinção estrutural entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais; a segunda tese relaciona-se à ideia de que os direitos fundamentais constituem a dimensão substancial da democracia, produzindo reflexos nas suas demais dimensões - política e formal; a terceira tese constitui-se pela defesa de que após a sua formulação em convenções internacionais, recebidas pelas constituições estatais ou, de qualquer forma, recebidas pelos Estados, os direitos fundamentais tornaram-se direitos supra-estatais; a quarta tese refere-se à relação entre os direitos e as suas garantias, na qual se preleciona que “não diversamente dos outros direitos, os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas,

às quais correspondem deveres (de prestação) ou proibições (de lesões)". (FERRAJOLI, 2009, p. 45).

Na primeira tese, aponta a existência de quatro diferenças que acarretariam um grande distanciamento entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais. A primeira delas baseia-se na ideia de que os direitos fundamentais apresentam-se como direitos universais, "reconhecidos a todos os seus titulares de igual forma e medida" (FERRAJOLI, 2009, p. 49). Os direitos patrimoniais, de outro lado, são direitos singulares, que "pertencem a qualquer um em maneira diversa, seja pela quantidade ou pela qualidade". (FERRAJOLI, 2009, p. 49).

Cumprir esclarecer que Ferrajoli diferencia o direito de propriedade e o direito à propriedade. Enquanto este direito estaria ligado à esfera dos direitos reais sobre bens determinados, aquele seria um direito fundamental, pois estaria vinculado ao direito de dispor de um bem, relacionado, assim, aos direitos fundamentais à cidadania e à liberdade. (FERRAJOLI, 2009).

Explica que o equívoco causado pela polissemia do termo "direito de propriedade", entendido ao mesmo tempo como "direito de se tornar proprietário e de dispor dos próprios direitos de propriedade" (FERRAJOLI, 2009, p.48-49), resultou na junção incompatível dos direitos de liberdade e de propriedade, e, por consequência, causou uma "valorização no pensamento liberal da propriedade como direito do mesmo tipo da liberdade e, ao oposto, a desvalorização no pensamento marxista da liberdade enquanto desacreditada como direito "burguês" em par com a propriedade". (FERRAJOLI, 2009, p. 49).

Isto porque ao considerar as duas esferas do direito patrimonial (direito de se tornar proprietário e de dispor dos próprios direitos de propriedade) como direito fundamental, ao se defrontar com a impossibilidade de atingir a universalidade quanto ao direito de se tornar proprietário, incorreu-se na conclusão de que os direitos de liberdade também seriam inatingíveis. Todavia, esclarece Ferrajoli que:

[...] Todos somos igualmente livres para manifestar nosso pensamento, igualmente imunes de prisões arbitrárias, igualmente autônomos em dispor dos bens de nossa propriedade e igualmente titulares dos direitos à saúde e à instrução. Mas qualquer um de nós é proprietário ou credor de coisas diferentes e em medidas diversas: eu sou proprietário desta minha roupa ou da casa onde vivo, isto é, de objetos diversos daqueles dos quais outros, e não eu, são proprietários. (FERRAJOLI, 2009, p. 49-50).

A segunda diferença entre direitos patrimoniais e fundamentais deve-se à concepção de que estes “são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos” (FERRAJOLI, 2009, p. 50), enquanto aqueles “são direitos disponíveis, por sua natureza – da propriedade privada aos direitos de crédito – negociáveis e alienáveis.” (FERRAJOLI, 2009, p. 50).

A indisponibilidade dos direitos fundamentais apresenta-se sob dois vieses: pela indisponibilidade ativa “esses direitos não são alienáveis pelo sujeito que deles é titular: não posso vender a minha liberdade pessoal ou meu direito de voto, e mais do que tudo minha autonomia contratual” (FERRAJOLI, 2009, p. 51), pela indisponibilidade passiva “esses direitos não são expropriáveis ou limitáveis por outros sujeitos, a começar pelo Estado: nenhuma maioria, por maior que seja, pode privar-me da vida, ou da liberdade, ou dos meus direitos de autonomia”. (FERRAJOLI, 2009, p. 51).

Assim, entende que a vida, a liberdade pessoal e o direito de voto, por exemplo, são direitos fundamentais “não tanto porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque universais e indisponíveis. (FERRAJOLI, 2009, p. 51). Assevera que:

[...] onde fosse consentida a sua disposição – por exemplo, admitindo-se a escravidão ou a alienação da liberdade, ou talvez da vida, ou do voto – seriam estes (degradados a) direitos patrimoniais. Por isso, com paradoxo aparente, os direitos fundamentais são um limite, não somente aos poderes públicos, mas também à autonomia de seus titulares: nem voluntariamente se pode alienar a própria vida ou a liberdade. (FERRAJOLI, 2009, p. 51).

A terceira diferença apontada consiste na afirmação de que os direitos patrimoniais “são sujeitos a acontecimentos, ou seja, destinados a serem constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos” (FERRAJOLI, 2009, p. 52). Tais direitos “têm seu título em atos de tipo negocial ou, de qualquer forma, em provimentos singulares: contratos, doações, testamentos, sentenças, provimentos administrativos, pelos quais vêm produzidos ou modificados ou extintos”. (FERRAJOLI, 2009, p.52). De outro lado, os direitos fundamentais “têm títulos expressos na lei, no sentido de que são todos *ex lege*, isto é, conferidos através de regras gerais de grau normalmente constitucional”. (FERRAJOLI, 2009, p. 52).

Explica Ferrajoli que os direitos fundamentais são definidos por normas téticas, as quais “imediatamente dispõem as situações com elas expressas”

(FERRAJOLI, 2009, p. 52-53). Já os direitos patrimoniais são regulados por normas hipotéticas “as quais não prescrevem nem impõem imediatamente nada, mas simplesmente predis põem situações jurídicas com os efeitos dos atos por ela previstos.” (FERRAJOLI, 2009, p. 53).

[...] enquanto os direitos patrimoniais consistem sempre em situações de poder, cujo exercício consiste em atos de disposição produtivos de direitos e de obrigações na esfera jurídica própria ou de outrem (contratos, testamentos, doações e similares), o exercício dos direitos de liberdade consiste sempre em meros comportamentos, como tais sem efeitos jurídicos na esfera de outros sujeitos. (FERRAJOLI, 2009, p. 53).

Em quarto e último lugar “enquanto os direitos patrimoniais são, por assim dizer, horizontais, os direitos fundamentais são verticais”. (FERRAJOLI, 2009, p.53). Isto quer dizer que as relações jurídicas existentes entre os titulares dos direitos patrimoniais “são relações intersubjetivas de tipo civilístico - contratual, sucessório ou similar”. (FERRAJOLI, 2009, p. 53). De modo diverso, as relações existentes entre titulares de direitos fundamentais “são relações de tipo publicístico, ou seja, do indivíduo nos confrontos (somente ou também) com o Estado”. (FERRAJOLI, 2009, p. 53).

Além disso, afirma que enquanto aos direitos patrimoniais “correspondem, ou a genérica proibição de não-lesão no caso de direitos reais, ou também obrigações debitórias, no caso dos direitos pessoais ou de crédito, aos direitos fundamentais “correspondem proibições e obrigações por conta do Estado, cuja violação é caso de invalidade das leis e das outras atuações públicas e cuja observação é, ao contrário, condição de legitimidade dos poderes públicos”. (FERRAJOLI, 2009, p. 53).

Em sua segunda tese, Ferrajoli pretende demonstrar que a partir das características analisadas na primeira tese, os direitos fundamentais constituem a dimensão substancial da democracia, produzindo reflexos nas suas demais dimensões - política e formal.

Para Ferrajoli, os direitos fundamentais substanciais referem-se: “não à “forma” (ao quem e ao como), mas à “substância” ou “conteúdo” (ao que coisa) das decisões (ou seja, ao que não é lícito decidir ou não-decidir)”. (FERRAJOLI, 2009, p. 55).

Os direitos fundamentais “sejam aqueles de liberdade que impõem proibições, sejam aqueles sociais que impõem obrigações ao legislador” (FERRAJOLI, 2009,

p.55), prescrevem o que denomina Ferrajoli de a esfera do indecível: “do não-decível que, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e do não-decível que não, das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais” (FERRAJOLI, 2009, p. 55), diferentemente das regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria, que são “normas formais sobre aquilo que pela maioria é decível.” (FERRAJOLI, 2009, p. 55).

Desse modo, de acordo com a esfera do indecível, o poder público não poderia decidir nada que pudesse lesionar os direitos fundamentais tampouco deixar de decidir sobre a prestação dos direitos fundamentais, vez que além da proibição de lesão haveria a proibição de omissão dos direitos fundamentais.

Entende que seria equivocado definir democracia como o “sistema político fundado sobre uma série de regras que asseguram a onipotência da maioria” (FERRAJOLI, 2009, p. 55), pois o princípio formal da democracia política “subordina-se aos princípios substanciais expressos pelos direitos fundamentais”. (FERRAJOLI, 2009, p. 56).

Os direitos fundamentais representam assim “necessidades substanciais cuja satisfação é condição da convivência civil e também causa ou razão social daquele artifício que é o Estado.” (FERRAJOLI, 2009, p. 54). Exemplifica que nenhum contrato pode dispor da vida e, do mesmo modo, nenhuma maioria política pode dispor da liberdade e dos outros direitos fundamentais. Não se pode “decidir que uma pessoa seja condenada sem provas, ou privada da liberdade pessoal, ou dos direitos civis ou políticos, ou, ainda, deixada morrer sem cura ou na indigência. (FERRAJOLI, 2009, p. 55).

A terceira tese de Ferrajoli está relacionada à internacionalização dos direitos fundamentais, vez que após a sua formulação em convenções internacionais recebidas pelas constituições estatais ou, de qualquer forma, recebidas pelos Estados, os direitos fundamentais tornaram-se direitos supra-estatais, ou seja: “limites externos, e não somente internos, aos poderes públicos e base normativa de uma democracia internacional bem distante de ser atuante, mas por esses direitos normativamente pré-figurada.” (FERRAJOLI, 2009, p. 45).

Aponta que embora o catálogo de direitos fundamentais muitas vezes seja voltado à totalidade de pessoas, na prática, a cidadania representa uma condição restritiva. Alerta que “estamos nos aproximando de uma integração mundial que

dependerá também do direito, se este se desenvolver vinculado à opressão e à violência ou, ao contrário, à democracia e à igualdade” (FERRAJOLI, 2009, p. 61).

Propõe a superação da cidadania, pela definitiva desnacionalização dos direitos fundamentais e a correlativa desestatização das nacionalidades, vez que “assim como a igualdade nos direitos gera o sentido de igualdade baseada no respeito ao outro como igual, a desigualdade nos direitos gera a imagem do outro como desigual, ou seja, inferior antropologicamente porque inferior juridicamente” (FERRAJOLI, 2009, p. 62-63).

Por fim, a quarta e última tese levantada por Ferrajoli, que a considera como a mais importante delas, refere-se à relação entre os direitos e as suas garantias. Afirma que “não diversamente dos outros direitos, os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas, às quais correspondem deveres (de prestação) ou proibições (de lesões)”. (FERRAJOLI, 2009, p. 45).

Esses deveres corresponderiam às garantias primárias e secundárias. Aquelas representam os deveres e proibições correlatas, enquanto estas se referem aos “deveres de reparar ou sancionar judicialmente as lesões dos direitos, ou seja, as violações de suas garantias primárias”. (FERRAJOLI, 2009, p. 45).

Elucida o autor que a falta da diferenciação entre direito e garantia acarreta a desvalorização das duas mais importantes conquistas do século XX - a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais - “reduzidos um e outro, na ausência de adequadas garantias, a simples declarações retóricas, ou melhor, a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes. (FERRAJOLI, 2009, p. 63).

Para Ferrajoli, entender a distinção de direito e garantia produz consequências importantes no plano teórico, pois:

[...] a afirmação de que o nexos entre expectativas e garantias não é um nexos empírico, mas um nexos normativo, que pode ser contraditado pela existência das primeiras e pela inexistência das segundas; e que, então, a ausência de garantias deve ser considerada como uma indevida lacuna, a qual é obrigação dos poderes públicos, internos e internacionais complementar. (FERRAJOLI, 2009, p. 68).

No plano metateórico essa distinção também seria relevante, vez que “comporta a afirmação de um papel não puramente descritivo, mas, sim, crítico e normativo da ciência jurídica nos confrontos com seu objeto” (FERRAJOLI, 2009, p.

68). Crítico nos confrontos “com as lacunas e com as antinomias que ela tem o dever de revelar, e normativo em relação à legislação e à jurisdição a que ela impõe a sua completude ou a sua reparação.” (FERRAJOLI, 2009, p. 68).

Ao se deparar com o problema da realização dos direitos fundamentais, Ferrajoli afirma que a diferença entre norma e realidade deve ao máximo ser reduzida, sob pena de “deslegitimação não somente política, mas também jurídica, dos nossos ordenamentos.” (FERRAJOLI, 2009, p. 69).

Isto porque no plano técnico nada autoriza dizer que os direitos sociais não sejam garantíveis “à paridade dos outros direitos porque os atos requeridos para a sua satisfação seriam inevitavelmente discricionários, não-formalizáveis e não-suscetíveis de controle e coerções jurisdicionais.” (FERRAJOLI, 2009, p. 69).

Ferrajoli refuta tais argumentos, elucidando que as garantias decorrentes dos direitos fundamentais podem ser realizadas por meio de:

- a) “prestações gratuitas, obrigatórias e, por fim, automáticas: como a instrução pública gratuita e obrigatória, a assistência sanitária igualmente gratuita ou a renda mínima garantida”;
- b) “provimentos de urgência, ações de danos e similares, sob a forma de tutela jurisdicional, em particular naquilo que tange aos direitos à saúde, à previdência e à justa retribuição”;
- c) sua interpretação como “princípios informadores do sistema jurídico, largamente utilizados nas soluções das controvérsias pela jurisprudência das cortes constitucionais” (FERRAJOLI, 2009, p. 69).

Quanto à realização política, afirma o referido autor em comentário que seria certo “que a satisfação dos direitos sociais é custosa, exige a retirada e a redistribuição de recursos, é incompatível com a lógica de mercado, ou quando menos, comporta limites ao mercado.” (FERRAJOLI, 2009, p. 70). Não obstante, não é possível consentir com a “falácia realista do pertencimento do direito ao fato e aquela determinista da identificação entre isso que acontece e isso que não pode não-acontecer”. (FERRAJOLI, 2009, p.70). Desse modo, propõe Ferrajoli:

Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciéndose así posible el control de constitucionalidad de

las leyes de financiación estatal. Como nada impediría, al menos en una perspectiva técnico-jurídica, la introducción de garantías de derecho internacional, como la publicación de un código penal internacional y la creación de la correspondiente jurisdicción sobre crímenes contra la humanidad; la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad de todos los actos de los organismos internacionales e incluso de los de todos los Estados por violaciones de los derechos humanos; o, enfin, la imposición y la regulación de ayudas económicas y de intervenciones humanitarias, articuladas con la forma de las garantías, en favor de los países más pobres. (FERRAJOLI, 2004, p. 64-65).

Com base nos fundamentos acima apresentados, Ferrajoli conclui que a legalidade positiva no Estado constitucional de direito mudou de natureza, “não é mais somente (mera legalidade) condicionante”, mas é ela mesma estrita legalidade “condicionada por vínculos também substanciais relativos aos seus conteúdos ou significados.” (FERRAJOLI, 2009, p. 73).

A leitura dos estudos em referência, desenvolvidos por Ferrajoli, conduz a uma compreensão preliminar dos direitos fundamentais, tendo em vista que sua abordagem classificatória esclarece a estruturação dos direitos fundamentais.

Verifica-se, entretanto, que tais postulados relacionam-se com o paradigma social, que implica no “reforço do papel da jurisdição e numa nova e mais forte legitimação do poder judicial e da sua independência” (FERRAJOLI, 1997, p. 100). Isto porque, para Ferrajoli:

[...] os desníveis entre as normas, que estão na base da existência de normas inválidas e, por outro lado, a incorporação, em nível constitucional, dos direitos fundamentais, alteram a relação entre o juiz e a lei e atribuem à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade, a qualquer nível, por parte dos poderes públicos. (FERRAJOLI, 1997, p. 100).

Por meio de tais enunciados entende Ferrajoli que a jurisdição “não é mais simplesmente a sujeição do juiz à lei, mas é também a análise crítica de seu significado para controlar a legitimidade constitucional”.³⁰ (FERRAJOLI, 2009, p. 73).

Entende que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo “sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas

³⁰ Não se pode olvidar que a proposição de Ferrajoli a respeito da legitimidade constitucional tem como base o controle concentrado das leis, realizado pela Corte Constitucional, cabendo ao juiz no processo apenas suscitar a questão da inconstitucionalidade.

constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos” (FERRAJOLI, 1997, p. 101).

Para Ferrajoli, o principal e atual fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do “Poder Judiciário” frente aos “Poderes Legislativos e Executivos” consistiria na ideia de que os direitos fundamentais são de cada um e de todos e sua garantia exige “um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes”. (FERRAJOLI, 1997, p. 101). Por sua vez, o segundo fundamento seria a “função de averiguação, segundo as garantias de um processo justo, da verdade processual³¹” (FERRAJOLI, 1997, p. 102).

Embora Ferrajoli demonstre sua preocupação quanto à necessidade de inserção de uma interpretação crítica pelos juízos quanto à validade e vigência normativa, o problema identificado no modelo garantista é que atribui à jurisdição o papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade, a qualquer nível, por parte dos poderes públicos, sem considerar a importância do papel das partes na construção das decisões.

Com efeito, para a refutação do modelo garantista de Ferrajoli quanto à sua concepção dos direitos fundamentais e da interpretação jurisdicional dela decorrente, é importante confrontá-lo com o modelo procedimentalista, desenvolvido por Habermas (HABERMAS, 1997a).

De acordo com Habermas, tal interpretação parte de um “conceito semântico da norma geral, ao qual a lógica da divisão dos poderes foi amarrada”. (HABERMAS, 1997a, p. 238).

Nesse sentido, o problema identificado por Cattoni de Oliveira acerca da visão paradigmática materializante, do Estado social, é que a partir dessa se “judicializa a política e a julga a luz de pretensos valores supremos da comunidade a que os tribunais superiores teriam acesso privilegiado”. Partidários desse tipo de ativismo judicial:

³¹ O termo verdade processual foi apresentado por Ferrajoli na obra “Direito e Razão”, em que afirma que “as garantias legais e processuais, além de garantias de liberdade, são também garantias de verdade; e que “saber” e “poder” concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas” (FERRAJOLI, 2002, p. 39). Assevera, entretanto, que o “valor teórico e político” da verdade processual deve ser considerado como “modelo limite, nunca plenamente alcançável, senão apenas aproximável e, sobretudo, se forem esclarecidas as condições na presença das quais este pode ser mais ou menos satisfeito” (FERRAJOLI, 2002, p. 39).

[...] atribuem ao judiciário o papel de tutor da política, um super poder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político, próprios a um estado democrático de direito. É o judiciário, ou melhor, os tribunais superiores, e, na sua crista, o supremo tribunal federal, quem deve zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de “direitos” e de realização democracia. (OLIVEIRA, 2001, p. 121-122).

Ademais, por meio dos estudos realizados por Habermas sobre os direitos fundamentais evidencia-se a relevância da contextualização, fundamentação e aplicação de tais direitos, pois entende que “o teor e o estilo dos direitos fundamentais revelam enfaticamente a vontade declarada de pessoas privadas que reagem a experiências concretas de repressão e de ataque aos direitos humanos”. (HABERMAS, 1997b, p. 123-124).

Habermas reconhece que mesmo a sua introdução teórica *in abstracto* sobre os direitos fundamentais, representa apenas um artifício, pois afirma que “ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história.” (HABERMAS, 1997a, p.166).

Conforme afirma Cattoni de Oliveira, a partir do estudo paradigmático desenvolvido por Habermas, é possível a “superação da forma tradicional de lidar com questões normativas, rompendo com a dicotomia real/ideal”, bem como a exigência de “uma reflexão hermenêutica crítica em face de nós mesmos, que não pode desconsiderar as pretensões normativas, concretamente articuladas pelos próprios envolvidos em questões jurídicas.” (OLIVEIRA, 2007b, p. 146).

Habermas explica que para vislumbrar os aspectos da legalidade da “relação externa e da autorização para a coerção, é preciso galgar o nível pragmático” (HABERMAS, 1997a, p. 167), que possibilita “reconhecer a referência ambígua que os direitos subjetivos têm em relação ao uso público das liberdades comunicativas” (HABERMAS, 1997a, p. 168), pois apenas com a análise semântica não seria possível perceber essa diferença.

5.2 A concepção procedimentalista dos direitos fundamentais de Habermas

De acordo com Habermas, para que um sistema de direitos faça *jus* à autonomia privada e pública dos cidadãos, deve contemplar “os direitos

fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”. (HABERMAS, 1997a, p. 154). Propõe como categorias de direitos que “geram o próprio código jurídico”, o conjunto composto por:

- (1) “Direitos fundamentais, que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”;
- (2) “Direitos fundamentais, que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro de uma associação voluntária de parceiros do direito”;
- (3) “Direitos fundamentais, que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.”;
- (4) “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam o direito legítimo;
- (5) “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”. (HABERMAS, 1997a, p. 159-160).

Esclarece, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais “não permitem, por si mesmos, uma institucionalização completa do código do direito”. (HABERMAS, 1997a, p. 160). É o código de direito que precisa encontrar “uma aplicação no interior de uma determinada comunidade de direito e determinar direitos que cada um possa reclamar judicialmente do outro”. (HABERMAS, 1997a, p. 160).

Em segundo lugar, salienta que é preciso compreender que as normas jurídicas não existem de forma imanente, mas originam-se das decisões de um “legislador histórico, referindo-se a um universo jurídico geograficamente delimitado e a uma coletividade de parceiros jurídicos delimitável socialmente, e, com isso, a um âmbito de validade especial.” (HABERMAS, 1997a, p. 161).

Elucida, em terceiro lugar, que é necessário o estabelecimento da “garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões” (HABERMAS, 1997a, p. 162), pois as pessoas de direito “só podem mobilizar as autorizações ao uso da força, acopladas aos seus direitos, se tiverem livre acesso a tribunais independentes e efetivos, que decidem autoritariamente e imparcialmente os casos de disputa no quadro das leis”. (HABERMAS, 1997a, p. 162).

À luz do princípio do discurso, afirma que é possível fundamentar direitos “elementares da justiça que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade de aplicação do direito, portanto, o direito a serem tratadas como iguais perante a lei, etc.” (HABERMAS, 1997a, p. 162).

Em quarto lugar, Habermas ressalta que é preciso “empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso.” (HABERMAS, 1997a, p. 163). Isto porque, “enquanto sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários.” (HABERMAS, 1997a, p. 163). De outro lado, Habermas adverte que:

[...] compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa. (HABERMAS, 1997a, p. 167).

Assim, o entendimento de Habermas sobre os direitos fundamentais não se encontra vinculado à estrita positividade do direito, pois, apesar de ressaltar sua importância, entende que a relação histórica entre a teoria do direito e a teoria da democracia, sob o ponto de vista normativo, subsiste tanto numa relação causal como numa relação conceitual e interna. (HABERMAS, 2004, p.127).

Afirma que “o código de direito não pode ser instaurado *in abstracto* e sim, de modo a que os civis, que pretendem regular legitimamente sua convivência com o auxílio do direito positivo, possam atribuir-se reciprocamente determinados direitos.” (HABERMAS, 1997a, p. 162).

Considera que os direitos fundamentais, “inscritos no próprio código de direito, continuam, por assim dizer, insaturados. Eles precisam ser configurados e

interpretados por um legislador político, de acordo com as circunstâncias”, pois entende a “validade de uma norma jurídica como um equivalente da explicação para o fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito”. (HABERMAS, 2004, p. 295).

Apesar de entender que o surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, afirma que se tornaria, caso fosse considerada “a premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se a si mesmo”. (HABERMAS, 1997a, p. 157-158).

[...] somente a normatização politicamente autônoma permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica geral. Pois o direito legítimo só se coaduna com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência ao direito. (HABERMAS, 1997a, p. 157-158).

Assim, “a obrigatoriedade das normas jurídicas remonta não apenas a processos da formação de opinião e vontade, mas sim a decisões coletivamente vinculativas, por instâncias que estabelecem e aplicam o direito” (HABERMAS, 2004, p. 298), o que resulta na “partilha de papéis entre autores que firmam (e enunciam) o direito, bem como entre destinatários que estão submetidos ao direito vigente” (HABERMAS, 2004, p. 298).

A legitimação se dá pelo exercício do princípio da soberania popular e pela referência ao domínio das leis garantido pelos direitos humanos.

O princípio da soberania popular expressa-se nos direitos à comunicação e participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos do Estado; e o domínio das leis, nos direitos fundamentais clássicos que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. O direito legitima-se dessa maneira como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada. (HABERMAS, 2004, p. 298-299).

De acordo com Habermas “não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito”. (HABERMAS, 2004, p. 300). Entende, por conseguinte, que a “ideia dos direitos humanos, que se enuncia no direito em relação a liberdades de ação subjetivas e iguais, não pode nem simplesmente impingir-se ao legislador soberano como uma barreira externa, nem se deixar instrumentalizar como requisito funcional para os fins desse mesmo legislador” (HABERMAS, 2004, p. 299), pois “é

o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito.” (HABERMAS, 2004, p. 300).

[...] a almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência da institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição. (HABERMAS, 2004, p. 300).

Desse modo, “a idéia de autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito”. (HABERMAS, 1997a, p. 157).

É preciso, assim, que a pessoa envolvida “experimente a organização do direito como um processo político e que ela mesma participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais.” (HABERMAS, 1997a, p. 150).

Ademais, preleciona que “a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente” (HABERMAS, 1997a, p. 302).

No Estado Democrático de Direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, “não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisões dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogramam”. (HABERMAS, 1997a, p. 243).

Por conseguinte, a função da aplicação de leis “não é assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, por administrações. (HABERMAS, 1997a, p. 243). A função de execução das leis “é exercida pelo governo e pela administração, indiretamente também por tribunais. “Uma parte dessas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas” (HABERMAS, 1997a, p. 243).

O direito à proteção jurídica individual concretiza-se em direitos fundamentais, que apóiam pretensões a uma justiça independente e imparcial nos julgamentos. E estes pressupõem a instalação de um tribunal organizado politicamente, que reivindica o poder de sanção do Estado, a fim de proteger e desenvolver o direito

nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritativa. (HABERMAS, 1997a, p. 171).

Portanto, por meio dos estudos de Habermas, verificou-se que a interpretação jurisdicional radical social não seria adequada, pois, ao considerar o direito à saúde de modo atemporal e descontextualizado, ignora o sistema jurídico formulado para prestação das ações e serviços destinados à saúde e também as peculiaridades evidenciadas pelas partes no caso concreto.

Tal interpretação consiste na prevalência da função jurisdicional sobre as funções legislativa e executiva, reduzindo os conteúdos normativos àquilo que o juiz afirma ser, o que demonstra a falta de compreensão histórica do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, a qual não condiz com o paradigma do direito no Estado Democrático de Direito.

É necessário o questionamento do papel ativista do julgador e entender que não basta saber definir o direito fundamental ou conhecer as normas jurídicas que o disciplinam. É imprescindível compreender que tais normas originam-se de um legislador histórico, referindo-se a um universo jurídico geograficamente delimitado e que devem ser contextualizadas e submetidas à análise das peculiaridades do caso concreto e aos argumentos e provas produzidas pelas partes.

6 INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL INTERMEDIÁRIA

Denominou-se a terceira interpretação jurisdicional como intermediária, pois nela foram encontradas decisões que gravitam entre as concepções liberal e social. Posiciona-se no sentido de que para a concessão de um medicamento pleiteado jurisdicionalmente é necessário o preenchimento de determinados critérios.

O problema é que tais critérios são construídos de forma não problematizada, são aplicados sem a devida fundamentação, sem a análise da peculiaridade do caso concreto, e sem levar em conta uma interpretação do direito a partir dos princípios constitucionais.

Por meio da pesquisa jurisprudencial das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relacionadas ao tema, pode-se identificar que, ao todo, pode ser “exigida” a comprovação dos seguintes critérios: registro do medicamento na ANVISA; prescrição do medicamento por profissional da saúde credenciado pelo SUS; falta de condições do autor para arcar com os custos do medicamento (hipossuficiência); negativa da prestação do medicamento pelo SUS e indispensabilidade do medicamento.

Contudo, observou-se inúmeras divergências entre os magistrados sobre quais desses critérios deveriam ser considerados, para a concessão de um medicamento judicialmente. Existem, ainda, dissensões quanto à responsabilidade estatal para prestação dos medicamentos. Enquanto alguns magistrados consideram que a responsabilidade dos entes federativos seria solidária, outros entendem que deve ser observada a divisão de competência determinada nos artigos 15 a 20 da Lei nº 8.080 de 1990.

As referidas divergências permitem a identificação do problema central da interpretação em referência, qual seja: a fragilidade/precariedade das fundamentações das decisões jurisdicionais que se sustentam pela simples configuração dos critérios adotados de modo acrítico por cada julgador.

Mesmo que tal interpretação possa ser considerada “melhor” do que as concepções radicais, que consideram ou afastam todas as demandas sem se defrontar com a análise das peculiaridades do caso concreto, ainda assim, não se adequa ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

A simples formulação e adoção prévia de critérios, para a posterior transposição ao caso concreto, não reflete, por si só, a construção de uma decisão

adequada à Constituição. Em certas decisões detectam-se, inclusive, fundamentações de tipo solipsista, que se funda em um convencimento prévio e preestabelecido do julgador, em termos de uma opinião pessoal.

A observância da integridade do direito requer a interpretação de tais critérios, de modo a expressar um sistema único e coerente.

A falta de espaços de consenso acerca de quais critérios seriam adequados à Constituição e como deveriam ser aplicados, acaba provocando o problema da indeterminação dos direitos, que reflete na questão apontada por Dworkin, de que a lei acaba tornando-se aquilo que o juiz afirma. (DWORKIN, 2010).

Ademais, o modo de aplicação de tais critérios demonstra a incompreensão do funcionamento do Sistema Único de Saúde. Por isso, a presente pesquisa se propôs a investigar o conteúdo albergado por tais critérios, bem como a maneira pelo qual devem ser aplicados, a partir de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática.

Para tanto, foi necessário explicitar os argumentos levantados na Audiência Pública sobre saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal, em 2009, a qual foi convocada com o objetivo de “esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde” (BRASIL, 2009a, p.31), por meio de “depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no que concerne ao Sistema Único de Saúde – SUS, em suas várias vertentes” (BRASIL, 2009a, p.7).³²

Tendo em vista que os debates ocorridos na Audiência Pública perduraram seis dias, totalizando dezoito horas de duração, com cerca de cinquenta expositores, procurou-se distribuir sua análise da seguinte forma: num primeiro momento, relatou-se como a Audiência Pública foi organizada; em seguida, descreveu-se a fundamentação do emblemático voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, que apresenta suas conclusões sobre os depoimentos

³² Conforme observa Jânia Maria Lopes Saldanha, a previsão do artigo 9º, §1º da Lei nº 9.868/99 sobre a realização de audiência pública junto ao Supremo Tribunal Federal “permite pioneiramente, que o Poder judiciário decida após ter ouvido segmentos representativos da sociedade e que decida a partir dos elementos e informações colhidos. Se não se trata de verdadeira democracia participativa, uma vez que a sociedade não está presente na totalidade na demanda em discussão, ao menos permite-se exercício alargado de democracia representativa, porquanto amplia-se o número de atores do processo, rompendo-se com o fechamento aos clássicos “terceiros” que só excepcionalmente poderiam ter ingresso à demanda após à propositura da ação, autorização essa com origem no processo romano de natureza privada” (SALDANHA, 2010, p. 96)

apresentados na Audiência Pública e oferece balizamentos e uma padronização decisória para os magistrados acerca do modo como devem proceder para a decisão de uma demanda relacionada ao direito à saúde. (BRASIL, 2010).

Num terceiro momento, problematizou-se cada um dos critérios identificados, a partir dos argumentos e informações colhidos na Audiência Pública, registrados e disponibilizados por meio de vídeos e transcrições integrais das falas dos especialistas, pela Secretaria de Comunicação do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2009a; BRASIL, 2009b).

6.1 Audiência Pública - Saúde

A Audiência Pública, realizada no período de 27 de abril a 7 de maio de 2009, foi convocada pelo Supremo Tribunal Federal, devido a um crescente número de ações judiciais, instauradas com o pedido de prestação de serviços destinados à saúde, à complexidade que envolve os julgamentos dessas demandas e aos pontos de tensão que acarretam aos elaboradores e executores das políticas públicas.

No primeiro dia, o tema central de debate foi “o acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao poder judiciário”, no qual participaram os representantes: do Ministério Público Federal, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza; da Advocacia Geral da União, Ministro José Antônio Dias Toffoli; da Defensoria Pública da União, Leonardo Lorea Mattar; da Secretária de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde, Alberto Beltrame; do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Flávio Pansiere; da Associação dos Magistrados Brasileiros, Marcos Salles; do magistério, o professor titular da PUC/RS e Juiz de Direito, Ingo W. Sarlet; do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. (BRASIL, 2009a).

No segundo dia abordou-se sobre a “responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS”, com a colaboração de representantes: do Conselho Nacional de Saúde, Francisco Batista Júnior; do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, Antônio Carlos Figueiredo Nardi; do Ministério da Saúde, Edelberto Luiz da Silva; da Secretária de Estado da Saúde do Amazonas, Agnaldo Gomes da Costa; da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas; do Fórum Nacional dos Procuradores-Gerais das Capitais Brasileiras, José Antônio Rosa; da Fundação Oswaldo Cruz,

Maria Helena Barros de Oliveira; da Defensoria Pública da União, André da Silva Ordacgy. (BRASIL, 2009a).

No terceiro dia, para expor sobre a “Gestão do SUS – Legislação do SUS e Universalidade do Sistema” participaram os representantes: do Hospital do Coração em São Paulo, Adib Domingos Jatene; do Conselho Nacional de Secretários da Saúde, Osmar Gasparini Terra; da Associação Nacional do Ministério Público de Contas Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira e Cátia Gisele Martins Vergara; da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Vitore Maximiano; da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde, Jairo Bisol; da Confederação Nacional dos Municípios Paulo Ziulkoski; da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde, Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos; do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde, Cleusa da Silveira Bernardo e da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo, Alexandre Sampaio Zakir. (BRASIL, 2009a).

No quarto dia o assunto “Registro na ANVISA e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS” foi debatido pelos representantes: da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Dirceu Raposo de Mello; do Conselho Federal de Medicina, Geraldo Guedes; do Grupo Hipupiara Integração e Vida, Luiz Alberto Simões Volpe; da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Paulo Marcelo Gehm Hoff; da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, Paulo Dornelles Picon; da Comissão de Incorporação de tecnologia do Ministério da Saúde, Claudio Maierovitch Pessanha Henrique; da Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Janaína Barbier Gonçalves; do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário, Sueli Gandolfi Dallari e do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União, Leonardo Bandarra. (BRASIL, 2009a).

No quinto dia o tema “políticas públicas de saúde – integralidade do sistema” foi explanado pelos representantes: da Coordenação–Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde, Maria Inês Pordeus Gadelha; Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Recife; do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, Luís Roberto Barroso; da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes

Reumáticos, Valderilio Feijó Azevedo; da Organização não governamental Conectas Direitos Humanos, Heloisa Machado de Almeida; da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar, Paulo Menezes e da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e do Hospital Sírio Libanês, Raul Cutait. (BRASIL, 2009a).

No sexto e último dia o tema em debate foi a “assistência farmacêutica do SUS”, tendo como debatedores os representantes: da Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses, Josué Félix de Araújo; da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose, Sérgio Henrique Sampaio; da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, José Getulio Martins Segalla; da Secretaria Municipal da Mulher, da Universidade de São Paulo e da Universidade Estadual de Campinas José Aristodemo Pinotti; da Secretaria de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde, Reinaldo Felipe Nery Guimarães; do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos, Antonio Barbosa da Silva; da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica, Ciro Mortella; do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Débora Diniz e do Ministério de Estado da Saúde, José Gomes Temporão. (BRASIL, 2009a).

Como mencionado anteriormente, descreveu-se adiante os fundamentos do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, em sede do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, o qual explicita suas conclusões sobre os depoimentos colhidos na Audiência Pública.

6.2 Voto do Acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE

No dia 30 de abril de 2010, foi publicado o acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, cujo caso concreto refere-se ao pedido de fornecimento do medicamento Zavesca, de custo estimado em R\$ 52.000,00, por mês, para tratamento da doença Niemann-Pick tipo C, da qual a autora seria portadora. (BRASIL, 2010).

Por meio da Ação Civil Pública nº 0003148-80.2006.4.05.8100, a autora, representada por promotor do Ministério Público, incluiu como litisconsortes passivos o Município de Fortaleza, o Estado do Ceará e a União Federal, ingressando seu pleito perante o Tribunal Regional Federal da 5ª região. (BRASIL, 2010).

Em primeira instância, seu pedido foi julgado extinto pelo juízo da 7ª Vara Federal, sem exame de mérito, sob o fundamento de que o Ministério Público não teria legitimidade para pleitear o objeto da demanda, sendo mantida a decisão após oposição de embargos declaratórios. (BRASIL, 2010).

Na segunda instância, sua Apelação foi provida pela Primeira Turma do TRF da 5ª região, à unanimidade, para deferir a tutela antecipada e determinar o fornecimento do medicamento pleiteado. Opostos embargos pelos procuradores do Município e da União Federal, foram parcialmente providos apenas os da União, para fixar multa diária em caso de descumprimento da decisão³³. (BRASIL, 2010).

Os procuradores da União Federal e do Município de Fortaleza interuseram pedidos de suspensão de liminar, junto ao Superior Tribunal de Justiça (nºs 778-CE e 783-CE), sendo negado o seguimento de ambos pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça e determinada a remessa dos autos, para julgamento do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que a discussão do objeto desses recursos se referia à aplicação dos artigos 196 e 198 da Constituição da República. (BRASIL, 2010).

No Supremo Tribunal Federal, tais recursos passaram a ser identificados como pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nºs. 175 e 178, respectivamente, os quais foram julgados por meio de decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, que indeferiu os referidos pedidos por não vislumbrar a grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, na decisão recorrida. (BRASIL, 2010).

Interposto Agravo Regimental pelo procurador da União Federal, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal se reuniu para seu julgamento, negando provimento, à unanimidade, nos termos do voto proferido pelo relator Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2010).

O relatório do acórdão em referência noticia que o pedido de suspensão da tutela antecipada interposto pela União, baseia-se na alegação de inexistência de registro do medicamento Zavesca pela ANVISA; do seu alto custo; de que o mesmo

³³ A fixação de multa pelo julgador se deu pelo seguinte fundamento: “correta a alegação da União (!), com a qual anuiu o Ministério Público, face à preocupação do ente público com a saúde da cidadã brasileira, de que o acórdão foi omissivo ao não esclarecer sobre a multa para a hipótese de descumprimento pelos entes públicos da tutela antecipada deferida”. (Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 408729 CE. (AC 2006.81.00.003148-1/01), Relator: Francisco Cavalcanti - Primeira Turma. dj 30 jul 2007).

não consta dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS; da ilegitimidade ativa do Ministério Público e passiva da União; da ofensa ao sistema de repartição de competências, devido à inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS; e de que a decisão agravada viola o princípio da separação dos poderes e as normas e regulamentos do SUS, pois desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida a interferência do “Poder Judiciário” nas diretrizes de políticas públicas, acarretando grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública. (BRASIL, 2010).

Para a decisão do caso concreto, o relator procurou retomar as principais discussões realizadas na Audiência Pública nº 4, analisando os elementos compostos no artigo 196 da Constituição. (BRASIL, 2010).

Ao enunciar que o direito à saúde é “direito de todos”, Gilmar Mendes considera que esse seria um direito tanto individual, como coletivo. Não poderia ser concebido, restritivamente, como uma norma programática, e, portanto, incapaz de produzir efeitos, porque isso resultaria em negar a força normativa da Constituição. (BRASIL, 2010).

Alerta, de outro lado, que o direito à saúde não pode ser visto como um direito absoluto, mas sim como “um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”. (BRASIL, 2010).

Por meio de tal entendimento, afirma que a garantia judicial da prestação individual de saúde estaria 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.” (BRASIL, 2010).

Por “dever do Estado”, assevera que a competência para implementação do direito à saúde é comum dos entes da Federação, nos termos do artigo 23, II, da Constituição. Assim, “União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade”. (BRASIL, 2010). Desse modo, “são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.” (BRASIL, 2010). Esclarece que a descentralização do SUS se deu apenas para aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, reforçando, inclusive, a obrigação solidária e subsidiária entre suas esferas. (BRASIL, 2010).

Por “direito garantido mediante políticas sociais e econômicas”, “ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas”, pois reconhece que seria incontestável que os recursos estatais “são naturalmente escassos” e que a medicina apresenta uma evolução que se reflete num viés programático, pois “sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.” (BRASIL, 2010).

Entende que pelas “políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”, a dimensão preventiva do direito à saúde é evidenciada, sendo que “as ações preventivas na área da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo artigo 198, inciso II, da Constituição.” (BRASIL, 2010).

Por “políticas que visem ao acesso universal e igualitário”, aponta que essas representam mais um argumento que “reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/90).” (BRASIL, 2010).

Como “ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”, ressalta que o estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que “os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes”. Assim, estão vinculadas mais “à composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica”. (BRASIL, 2010).

Conclui que o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. (BRASIL, 2010).

Para o relator, os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição da República, como autênticos direitos fundamentais. Assim, afirma que “não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades”. (BRASIL, 2010).

Relata que ficou constatado na Audiência Pública que na maioria dos casos, a “intervenção” judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas como uma necessária

determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. (BRASIL, 2010).

Portanto, não haveria que se falar em interferência judicial “em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas”, ou seja, no Brasil o problema não seria o da judicialização, mas de determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. (BRASIL, 2010).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, toda decisão judicial deveria identificar, primeiro, a existência ou não de uma política estatal, distinguindo se a falta de sua prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal para sua dispensação. (BRASIL, 2010).

Em primeiro lugar, elenca como condição necessária para concessão do medicamento, o registro da ANVISA, vez que contribui para atestar a segurança e o benefício do medicamento, representando um requisito exigido para incorporação na relação de medicamentos fornecidos pelo SUS. Isto porque, conforme disposto no artigo 12 da Lei nº 6.360/76, todo medicamento a ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo deve ser registrado no Ministério da Saúde. (BRASIL, 2010).

Ressalta, entretanto, que essa regra não é absoluta, pois como “em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA”. Como disposto no parágrafo 5º do artigo 8º da Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite-se que se “dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais³⁴, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde”. (BRASIL, 2010).

Em segundo lugar, ressalta que deve ser considerada a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, se seria um caso em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente, ou se o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. (BRASIL, 2010).

³⁴ Organizações internacionais formadas por diversos governos nacionais com a finalidade de promover determinado objetivo comum aos países membros, a exemplo de ONU, UNESCO, UNICEF, FMI, BIRD, OPAS E OMS.

No primeiro caso, “em geral, deverá ser privilegiado o 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”, mas sem afastar a possibilidade de o “Poder Judiciário”, ou de 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”. (BRASIL, 2010).

Isto porque “como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há a necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos”. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, sendo, outrossim, passível de contestação judicial. (BRASIL, 2010). Desse modo:

[...] se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. (BRASIL, 2010).

Já no segundo caso, “é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro”, pois nos casos de “tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas”, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. (BRASIL, 2010).

Segundo Gilmar Mendes, ficou esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, que as drogas experimentais não podem ser compradas em nenhum país, “porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las”. (BRASIL, 2010). Conclui que:

[...] independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que,

muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde. (BRASIL, 2010).

Ao retomar a análise do caso especificado no acórdão, proferiu voto negando provimento ao agravo regimental, sob o fundamento de que: fora comprovado o estado de saúde da autora e a necessidade do medicamento indicado; a intervenção judiciária seria possível nos termos da ADPF-MC nº 45/DF; em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária; não poderia ser deferido o pedido de contracautela, pois ensejaria a ocorrência de possível dano inverso; não haveria grave lesão à economia e à saúde públicas, “visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público”. (BRASIL, 2010).

O relatado voto poderia ser considerado como referência para as decisões jurisdicionais referidas ao direito à saúde, em alguns aspectos, pois ressalta a necessidade de instrução das demandas de saúde, por meio da minuciosa análise do caso concreto, denunciando o absurdo de se manter a produção padronizada de decisões relativas ao tema.

O Ministro Gilmar Mendes reafirma, ainda, a necessidade de que “as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades” (BRASIL, 2010), afastando os posicionamentos jurisdicionais radicais. Evidencia a importância da realização da Audiência Pública, que contribuiu para o esclarecimento sobre importantes perspectivas do direito à saúde.

De outro lado, ainda são necessários maiores esclarecimentos e problematizações acerca dos critérios adotados pelos julgadores, para as decisões jurisdicionais pertinentes, pois a criação e adoção de critérios acríticos, além de não resultar em julgamentos adequados à Constituição, implica, ainda, na formação de decisões discricionárias, com base em argumentos de autoridade, que obstruem a valorização das alegações e provas produzidas pelas partes no caso concreto.

6.3 Problematização dos critérios adotados na interpretação jurisdicional intermediária

Para a demonstração dos equívocos gerados pela aplicação dos critérios adotados jurisprudencialmente, é importante a problematização de cada um deles, a partir de uma interpretação constitucional democrática.

Por meio de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática entende-se que, se de um lado compete aos gestores executar as políticas de saúde pública, de outro lado, a Constituição confere o direito ao processo jurisdicional para concretização de direitos fundamentais. Nesse passo, a efetivação do direito à saúde, reflete-se numa questão que somente pode ser resolvida por meio da análise das particularidades do caso concreto.

Cumprido salientar que não se está defendendo que é o judiciário quem irá resolver os problemas de implementação do direito à saúde. Antes de tudo, a questão do cumprimento do direito à saúde é constitucional. O processo jurisdicional é uma garantia do cidadão de reclamar a lesão ou ameaça de lesão à sua saúde quando os agentes que compõe a chama Administração Pública não atuam em conformidade com a Constituição.

Conforme elucida Dierle Nunes, a judicialização³⁵ é um fenômeno que “representa uma consequência de um problema mais grave: a crise das instituições de nosso país”. (NUNES, 2011, p.34).

Todavia, segundo afirma a representante do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Cátia Gisele Martins Vergara, o problema do uso do termo

³⁵ De acordo com Bolzan de Moraes, o termo judicialização da política “vem marcada pela emergência do constitucionalismo do pós-guerra e, sobretudo, pela maior conflituosidade com que se vê confrontada a sociedade atual, seja como consequência da própria democratização – que inclui um maior acesso ao direito e à justiça, embora este deva ser confrontado, ainda, com a desigualdade no conhecimento e nas condições econômicas dos indivíduos -, seja como resultado da fragilização do modelo do Estado Social – em sentido amplo -, o que faz emergir um conjunto cada vez maior de pretensões irrealizadas, as quais acabam por desaguar nos tribunais, como estuário da irresignação da cidadania, diante da inconsistência das políticas de bem-estar, das promessas incumpridas da modernidade, bem como daquelas todas contidas nos textos constitucionais conformadores de um projeto de sociedade marcadamente incluyente e voltada ao asseguramento e promoção da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria ordem constitucional. (BOLZAN DE MORAIS, 2010, p.26). Em uma perspectiva processual, Dierle Nunes explicita que a judicialização da política, mesmo sem a utilização de tal nomenclatura, “perpassa todo o discurso jurídico do século XX”. Explica que a judicialização “corporifica um “coroamento” de um movimento de reforço do papel do Judiciário que perpassou toda a fase autonomista de estudo do Direito Processual, devido à incapacidade das instituições estatais majoritárias de dar provimento às demandas sociais e à conseqüente busca destas perante o “Estado-juiz””. (NUNES, 2011, p. 181).

judicialização consiste em sua identificação como um estigma. Tal compreensão deve ser afastada, vez que pretende “transformar ideologicamente a ação judicial, aos olhos da população, em um expediente sorrateiro e ilegítimo que solapa a política pública estabelecida pela vontade majoritária.” (BRASIL, 2009a, p.144), pois conduz a um entendimento que acaba por “caracterizar a intervenção judicial como usurpação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 2009a, p.144).

Para Vergara, o judiciário, na maior parte das ações judiciais de saúde, está apenas a “determinar que a política pública de saúde democraticamente estabelecida seja cumprida em sua inteireza, ou, pelo menos, que as consequências da sua não execução fiel sejam minoradas.” (BRASIL, 2009a, p.144). Assim, esclarece que:

O que escapa à compreensão de muitos é que a explosão dos custos do sistema de saúde resultante de um conjunto de ações judiciais não decorre da judicialização, mas, ao contrário, a judicialização decorre ou da ineficácia, ou da insuficiência ou da pura e simples inexistência de ações preventivas. (BRASIL, 2009a, p.144).

Assim, se de um lado, a competência para decidir qual a política pública e a maneira como ela será executada é da esfera legislativa e executiva. De outro, se a política pública não se demonstra adequada e suficiente, ou se não há política pública a propósito de medicamento e procedimentos destinados ao tratamento de determinada doença, não se afigura adequado que o cidadão prejudicado se atenha às vias administrativas como única solução para suas necessidades.

De acordo com Marcelo Cattoni Andrade de Oliveira, não é mais possível entender o Estado como a corporificação e a instância única de estabilização de uma identidade ética, de uma dada forma de vida e de certos padrões de vida boa. Não há mais como restringir a esfera pública ao Estado, como atestam os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão; o público tem que ser visto hoje de maneira bem mais complexa do que simplesmente a de um *locus* estatal, como dimensão discursiva de mobilização e expressão dos diversos fluxos comunicativos, políticos, artísticos, científicos, enfim, culturais; o que, inclusive, requereu a profunda revisão por que passa toda a teoria jurídico-processual. (OLIVEIRA, 2001, p.168-169)

É preciso compreender que o Direito deve constituir-se pelo princípio democrático, que não se limita à decisão da maioria, mas pela institucionalização de

processos garantidos normativamente, que oportunizem a participação discursiva na tomada de decisões pelos cidadãos. (OLIVEIRA, 2001).

Tendo em vista que o processo possui aplicação abrangente às três atividades exercidas pelo Estado, o modelo constitucional de processo deve reger todo e qualquer procedimento, a fim de tutelar os procedimentos seja administrativo, legislativo ou jurisdicional.

Impende salientar, outrossim, que, conforme já mencionado, cabe aos agentes dos órgãos estatais (legislativo, administrativo e jurisdicional) a observância dos princípios e regras constitucionais, em especial, ao princípio da vinculação da jurisdição, legislação e administração ao Estado Democrático de Direito, ao princípio do devido processo constitucional e aos princípios insculpidos no artigo 37 da CR/88 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, será o direito ao processo, decorrente do princípio do acesso à jurisdição, disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República o principal fundamento para o pedido de cumprimento da norma constitucional que garante o direito à saúde, a ser proposto perante o órgão jurisdicional competente para conhecer, processar e julgar o pleito instaurado.

O processo jurisdicional é adequado para pleitear o cumprimento do direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição, ou de qualquer outro direito constitucionalmente assegurado, diante do descumprimento das normas constitucionais pelos agentes que compõem a chamada Administração Pública.

Ademais, conforme explicita José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior: “no modelo de freios e contrapesos, é nos conflitos que os poderes se afirmam”. Assevera que “a proteção dos direitos fundamentais somente será efetiva quando as lesões perpetradas por políticas públicas, especialmente pelos planos econômicos, forem controladas em nome dos direitos fundamentais” (BARACHO JUNIOR, 2003, p.344).

Ingo Sarlet afirma que caso o judiciário não pudesse ser acionado haveria uma dúplica via discriminatória, pois além do usuário do SUS não receber o medicamento, estaria impedido de buscar sua concessão judicialmente, seja por via coletiva, seja por via individual. Ocorreria a “dupla exclusão do sistema: ou seja, temos que nos conformar a sermos atendidos na medida do sistema existente e não

sermos atendidos, ainda que a lei, os protocolos imponham esse atendimento.” (BRASIL, 2009a, p.76).

Acrescenta que o direito à saúde não é o “direito de igual acesso à falta, ainda que parcial, de bens e serviços essenciais em matéria de saúde, ainda que disponibilizados pela legislação existente” (BRASIL, 2009a, p.77).

Desse modo, como já se disse, o processo jurisdicional constitui-se como garantia de implementação dos direitos fundamentais no Brasil, tal qual o direito à saúde.

De acordo com as lições de Cattoni de Oliveira, o problema é: “como o Tribunal deve decidir, com base em pressupostos metódicos e de legitimidade, adequados à Constituição de um Estado Democrático de Direito, que leva a sério o vínculo interno entre autonomia pública e privada”. (OLIVEIRA, 2007b, p. 123).

A tensão interna ao Direito moderno entre facticidade e validade se reflete na dupla dimensão da validade jurídica e na chamada geração de legitimidade através da legalidade. Por um lado, a pretensão democrática segundo a qual os destinatários das normas jurídicas devem ser seus próprios autores; e a pretensão de juízos de aplicação imparcial das normas jurídicas (legitimidade). Por outro, a pretensão de coercibilidade legítima do Direito (“vigência” e “efetividade” jurídicas). (OLIVEIRA, 2007, p.134).

Isto porque de nada adianta a “apreciação” do julgador sobre o caso concreto, se a decisão não for construída com respeito à integridade do direito, do discurso jurídico e do modelo constitucional do processo.

Salienta Ingo Sarlet, que é preciso superar a era dos extremos, “tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu, as consequências da decisão.” (BRASIL, 2009a, p.75).

No que concerne à interpretação jurisdicional intermediária, é preciso problematizar os critérios identificados na interpretação jurisdicional intermediária, mas, antes disso, é importante deixar claro que não será defendida a ideia de que se todas as decisões adotassem os mesmos critérios, haveria a obtenção de uma mesma solução, ou, tampouco, que essa resultaria em um julgamento adequado à Constituição.

Conforme apresentado anteriormente, o direito não pode ser considerado como questão de fato, e não será a definição de critérios idênticos que assegurará os resultados adequados à Constituição, sendo crucial a interpretação do sistema

jurídico relacionado ao direito à saúde e as peculiaridades do caso concreto. (DWORKIN, 2010).

A adoção da integridade do direito é fundamental para o entendimento de que tais critérios somente poderiam ser adotados, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. (DWORKIN, 2010).

Ademais, é preciso considerar a teoria do discurso jurídico, desenvolvida por Habermas, para que a construção das decisões jurisdicionais seja adequada ao Estado Democrático de Direito, obtendo-se decisões corretas e consistentes, por considerarem os argumentos e provas produzidas pelas partes, no caso concreto. (HABERMAS, 1997a; 1997b).

Para tanto, a observância do modelo constitucional do processo confere o balizamento principiológico uníssono, o qual é composto pelos princípios do contraditório, ampla defesa, juízo imparcial e a fundamentação das decisões, que devem ser considerados para a construção do provimento jurisdicional.

Desse modo, a partir da junção da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional do processo adequado ao Estado Democrático de Direito brasileiro, seria possível a aplicação de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática.

6.3.1 Divisão de competência e responsabilidade dos entes federativos

A controvérsia sobre a concepção da responsabilidade estatal para prestação de medicamentos gira em torno da vinculação, ou não, dos entes federativos à divisão da competência, definida na lei que regula o Sistema Único de Saúde (artigos 16 a 18 da Lei nº 8.080/1990)³⁶. Tal embate afeta inúmeras decisões, vez que está relacionado diretamente à questão da legitimidade passiva.

Os julgadores que defendem que a responsabilidade estatal se restringiria à observância da mencionada divisão de competência, julgam extinto o procedimento

³⁶ Pelo artigo 16, à União caberiam as ações de vigilância epidemiológica e de vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, apenas para exemplificar em que situações deveria assumir os encargos de execução. Além disso, cumpria-lhe promover a descentralização daquelas outras cometidas a Estados e Municípios, respectivamente, pelos artigos 17 e 18, este último explícito em remeter ao Município a responsabilidade de gerir e executar os serviços públicos de saúde, além de poder contratar a iniciativa privada para prestá-los, em caso de insuficiência de suas disponibilidades, segundo faculta o artigo 197 da Constituição. (BRASIL, 2009a, p. 99).

sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva, sempre que determinada ação tenha sido proposta em face do ente federativo ao qual não competiria o fornecimento do medicamento pleiteado, por entender que não teria a responsabilidade para tal fornecimento.

Por outro lado, há julgadores que entendem que a responsabilidade dos entes federativos para a prestação de medicamentos seria solidária, não podendo ser aceita a mencionada divisão para fins de responsabilização. Isto porque deveria prevalecer o disposto no inciso II do artigo 23 da Constituição, que prevê como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1988), sendo possível, dessa forma, a inclusão de qualquer dos entes federativos no polo passivo da demanda judicial.

Assevera Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, representante da Procuradoria Geral da República, que “sob o pretexto de dar cumprimento à descentralização (art. 198, I), não pode o Estado negar a integridade (art. 198, II), ou a universalidade do acesso da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I).” (BRASIL, 2009a, p. 42), vez que a descentralização não pode ser invocada para negar o direito do cidadão.

Conforme ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes, no voto descrito no item 6.2, “União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade”. (BRASIL, 2010), sendo legitimados passivos nas demandas, pois “a descentralização do SUS se deu apenas para aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, reforçando, inclusive, a obrigação solidária e subsidiária entre suas esferas”. (BRASIL, 2010).

Assim, a divisão de competências deve ser vista como um instrumento para alcançar os propósitos das disposições constitucionais sobre o direito à saúde, mas não pode ser invocada para negar o seu exercício. (BRASIL, 2009a, p. 43).

6.3.2 Medicamento registrado na ANVISA

Um dos principais critérios adotados nas decisões jurisdicionais sobre a concessão jurisdicional de medicamento, conforme pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é o registro do medicamento pleiteado junto à ANVISA.

Verificou-se que tal requisito é recorrentemente adotado por julgadores, sob o fundamento de que o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (STA nº 175 AgR/CE) teria afirmado que seria “vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA”, (BRASIL, 2009). Alguns julgadores citam, ainda, o conteúdo dos artigos 12, 16 e 18 da Lei Federal nº 6.360/1976, os quais demonstrariam a necessidade do registro para a concessão judicial de um medicamento.

Em algumas decisões, inclusive, diante de um pedido de medicamento não registrado, os magistrados deixam de examinar os demais argumentos ou provas produzidas pelas partes, sob o fundamento de que somente poderiam ser concedidos medicamentos registrados na ANVISA, incondicionalmente.

De outro lado, os julgadores que se apresentam contrários à aplicação de tal requisito afirmam que essa seria uma regra da burocracia estatal, sobre a qual o direito à saúde não poderia estar submetido.

A questão do registro do medicamento na ANVISA requer alguns esclarecimentos, sendo imprescindível a análise do caso concreto para o julgamento da sua indispensabilidade ou não.

O próprio voto invocado pelos julgadores para afirmar que seria vedado o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA assevera que tal dispositivo não seria absoluto, pois a Lei nº 9.782/99, que criou a ANVISA, permite que se “dispense de registro medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde” (BRASIL, 2010), conforme disposto no parágrafo 5º do artigo 8º da Lei em referência.

Conforme verificado no relato histórico, tal medida foi importante para se evitar que fossem vendidos medicamentos proibidos ou descartados em outros países, de forma a prejudicar a saúde dos brasileiros.

Primeiramente, deve-se ter em vista que a ANVISA foi criada para regulamentação sanitária e econômica de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos. (BRASIL, 1976), sendo o registro de um medicamento justificado pela necessidade de se atestar os atributos de eficácia, segurança e qualidade de um produto que será comercializado e consumido no país (BRASIL, 2009a, p. 186).

Segundo disposto no artigo 12 da Lei Federal nº 6.360/1976 “nenhum dos produtos de que trata esta Lei³⁷, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. (BRASIL, 1976).

Por conseguinte, para o registro de um medicamento é necessária a comprovação dos requisitos dispostos no artigo 16 da referida Lei, os quais demonstrariam os atributos de segurança, eficácia e qualidade de um medicamento. O artigo 18, por sua vez, dispõe sobre os requisitos para registro de medicamentos e insumos farmacêuticos de procedência estrangeira. (BRASIL, 1976).

Todavia, existe um prazo legal para a realização de tal registro, o que parece ser desconhecido pelos julgadores, ou ignorado, pois não foi encontrada qualquer referência a tal dispositivo nas decisões pesquisadas, tampouco, na Audiência Pública.

Conforme disposto no parágrafo 3º do artigo 12 da Lei nº 6.360/76, em vigor, “o registro será concedido no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data de entrega do requerimento, salvo nos casos de inobservância desta Lei ou de seus regulamentos.” (BRASIL, 1976).

Desse modo, a observância do (des)cumprimento do prazo fixado por lei para registro do medicamento é um argumento relevante para o julgamento de um pedido judicial de medicamento.

Além disso, outras informações acerca do registro dos medicamentos são indispensáveis. Segundo esclarece Paulo Marcelo Gehm Hoff, representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP, na Audiência Pública, existem várias hipóteses para um medicamento ainda não estar registrado na ANVISA.

A primeira estaria relacionada à droga experimental, ou seja, aquela que não foi “aprovada em local algum do planeta e cuja eficácia realmente ainda não foi demonstrada em um estudo clínico”. (BRASIL, 2009a, p.205).

³⁷ Conforme disposto no artigo 1º da Lei Federal nº 6.360/1976: “Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei número 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos”. (BRASIL, 1976).

Tais drogas “não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso deve ser apenas em estudos clínicos ou programas de acesso expandido”. (BRASIL, 2009a, p. 205).

A segunda seria quanto às drogas aprovadas apenas fora do Brasil, aquelas que estão “comercialmente disponíveis e já foram avaliadas por alguma agência regulatória em algum ponto do planeta”. (BRASIL, 2009a, p. 205).

Nesse caso, não estariam aprovadas no país por três razões: o pacote regulatório não foi apresentado à ANVISA; a droga está em avaliação ou foram avaliadas, mas tiveram a sua aprovação negada. (BRASIL, 2009a, p. 205).

Hoff salienta que tais situações devem ser analisadas de forma distinta. Assim, existem “aquelas drogas cujo pacote regulatório não foi submetido no Brasil usualmente envolvem medicações para doenças muito raras, que não teriam o interesse econômico das empresas”. Nesse caso, entende que a importação individual raramente seria justificada, mas assevera que isso não quer dizer que nunca esteja justificada. (BRASIL, 2009a, p. 206).

Quanto às drogas em avaliação, “nas quais a eficácia e a segurança ainda estão sendo consideradas pela ANVISA”, ressalta que deve haver um limite de tempo para que a ANVISA faça essa determinação. Afirma que se “feito de uma maneira ágil em um tempo razoável as drogas não deveriam ser importadas até que a ANVISA faça a determinação da eficácia e benefício dessa medicação.” (BRASIL, 2009a, p. 206).

Por fim, nos casos em que o registro fosse negado pela ANVISA, entende que “se aceitamos que esta cumpre o seu papel, essas drogas não devem ser importadas porque já foram avaliadas e consideradas não-benéficas para os nossos pacientes” (BRASIL, 2009a, p. 206).

A partir dos depoimentos realizados por Hoff na Audiência Pública é possível verificar que existem diversas situações a serem observadas quanto ao registro dos medicamentos na ANVISA, que permitem uma melhor interpretação das hipóteses em que deveria ser exigido ou não a observância do registro na ANVISA.

A princípio pode-se afirmar que a ANVISA é o órgão competente para atestar a segurança, eficiência e qualidade de um medicamento, mas se descumprido o prazo estabelecido normativamente, quando existirem outros meios de se atestar que um medicamento portaria tais atributos (de segurança, eficácia e qualidade), não seria adequada a restrição incondicional do registro de tal medicamento, como por

exemplo, pela juntada do registro de tais medicamentos em agências regulatórias de outros países.

Ademais, conforme salientado por Paulo Dornelles Picon, representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, na Audiência Pública, a medicina vive, hoje, um novo paradigma “que realmente revolucionou os processos de decisão médica. Ele permitiu abolir condutas contestáveis, experimentais, e especialmente de risco aos pacientes”. (BRASIL, 2009a, p. 210). Esclarece que o paradigma da medicina baseada em evidências³⁸:

[...] tornou condutas benéficas absolutamente obrigatórias, e criou uma estratificação baseada na plausibilidade biológica e, ao mesmo tempo, na irrefutabilidade dos estudos que embasavam a decisão, com critérios definidos de meta-análise; ensaios clínicos, vivenciados também aqui hoje; estudos de corte; estudos de séries de casos e a opinião de especialistas. (BRASIL, 2009a, p. 210).

Explica que a própria Organização Mundial de Saúde recomenda que “condutas não baseadas na evidência científica, portanto não protetoras, podem ser contestadas e devem ser contestadas”. (BRASIL, 2009a, p. 210).

Assim, deve-se considerar a análise do caso concreto para a concessão de um medicamento quando não for registrado na ANVISA, pois diante da comprovação de que a ANVISA teria descumprido o prazo estabelecido para registro do medicamento e da possibilidade de comprovação de que o medicamento teria os atributos de segurança, eficácia e qualidade, conforme constatações por meio da medicina baseada na evidência, não seria adequada a imposição de tal registro.

6.3.3 Negativa do fornecimento do medicamento pelo SUS

Outro critério a ser analisado é a exigência da comprovação da negativa do fornecimento do medicamento pelo SUS. Enquanto alguns magistrados entendem que essa seria indispensável, para outros, porém, bastaria a juntada de qualquer

³⁸ A medicina baseada em evidências é uma “ciência e um movimento que visa reduzir a incerteza nas tomadas de decisão”, a qual pode ser feita “por meio da melhoria e do rigor da metodologia para prevenção dos vieses e do aumento do tamanho amostral em cada estudo ou da realização de metanálises, para diminuição dos efeitos do acaso”. Essa redução pode ser obtida “pela realização de sínteses críticas, ou seja, revisões sistemáticas e, com elas, diretrizes baseadas em evidências, para utilização na prática dos profissionais da saúde”. (ATALLAH, 2004, p. 27).

outro meio de comprovação de que o medicamento pleiteado não seria fornecido pela Administração Pública.

A questão a ser colocada é se, de fato, apenas por meio da negativa do SUS, que somente pode ser obtida mediante instauração de procedimento administrativo, seria possível comprovar o não fornecimento administrativo do medicamento.

O procedimento previsto para a obtenção de uma negativa do SUS ocorre da seguinte maneira, em Minas Gerais: quando o paciente recebe a prescrição de algum medicamento para prevenção, terapêutica ou cuidados paliativos de uma doença, precisa procurar a Secretaria de Estado de Saúde³⁹. Deve verificar, no setor de atendimento, se o medicamento receitado consta na relação de assistência farmacêutica da SES/MG. Caso positivo, retira os formulários que deverão ser preenchidos em conjunto com o médico. Posteriormente, protocoliza tais documentos na SES/MG, os quais serão autuados e encaminhados para análise dos responsáveis técnicos.

O problema de tal exigência é o prolongamento do lapso temporal desse procedimento. Algumas vezes delonga-se por mais de um mês, e, em muitos casos, o paciente não pode esperar a conclusão de tal procedimento administrativo, sem incorrer no perigo de lesão ou ameaça de lesão de sua saúde.

Por meio do princípio do “acesso à jurisdição”, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), o que, afastaria a necessidade da submissão de um procedimento administrativo, para instauração da ação judicial destinada à obtenção de um medicamento.

Ressalta, ainda, Ingo Sarlet que tal requisito é catastrófico, pois “esgotar a via administrativa significa realmente esgotar a pessoa a ponto de poder acessar o sistema Judiciário e de corrigir a situação de base.” (BRASIL, 2009a, p.77).

É dizer que as pessoas fiquem meses esperando na fila pra conseguir uma pré-inscrição, mais alguns meses esperando pelo medicamento, pelo serviço, muitas vezes com uma fratura consolidada, que depois se tem novamente quebrado o braço, casos corriqueiros no sistema de atendimento do SUS. (BRASIL, 2009a, p.77).

³⁹ A análise das normas elaboradas no âmbito da Secretaria Estadual de Saúde do Estado de Minas Gerais deveu-se pela opção metodológica de analisar as decisões proferidas no TJMG, em que tais textos normativos são suscitados.

Desse modo, foi necessário pesquisar como poderia ser comprovado o não fornecimento de um medicamento por outro meio que não a negativa do SUS.

Inicialmente é importante compreender que no Brasil foi criado o Sistema Único de Saúde por meio da Lei nº 8.080/90, a qual estabelece as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

A Portaria nº 3.916/MS/GM/98, por sua vez, aprova a Política Nacional de Medicamento, que conforme exposto por Agnaldo Gomes da Costa, representante da Secretaria de Estado da Saúde do Amazonas, na Audiência Pública, “constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população”. (BRASIL, 2009a, p. 103). Tem como propósito “garantir necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.” (BRASIL, 2009a, p. 103).

Conforme explicita Osmar Terra, representante da Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, a assistência farmacêutica do SUS, apresenta três componentes de financiamento: “assistência farmacêutica básica, os medicamentos estratégicos e os medicamentos de dispensação excepcional⁴⁰”. (BRASIL, 2009a, p. 135).

Para tanto, estabelece como uma de suas diretrizes a adoção de relações de medicamentos essenciais. Conforme disposto na Portaria nº 3.916/MS/GM/98 no item 3.1 “integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. (BRASIL, 1998).

São formulados no SUS protocolos de intervenção terapêutica, os quais consistem em “roteiros de indicação e prescrição, graduados de acordo com as variações e a gravidade de cada afecção” (BRASIL, 1998). Segundo Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques, representante da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, na Audiência Pública, a

⁴⁰ Os medicamentos de dispensação excepcional referem-se aos medicamentos “para tratamento de doença rara ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico prolongado, seja em tratamento de custo elevado e doença prevalente com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico prolongado, seja um tratamento de custo elevado, desde que haja tratamento previsto para o agravamento na atenção básica, ou o diagnóstico e estabelecimento da conduta terapêutica estejam inseridos na atenção especializada.” (BRASIL, 2009a, p. 103).

formulação de um protocolo clínico no âmbito do SUS ocorre mediante a reunião da comissão de agentes, por meio da qual se procura evidenciar as “diferentes dimensões desses olhares diversos sobre as tecnologias para uma mesa comum e apresentar, a partir daí, as propostas, as recomendações ao Ministro da Saúde para incorporação, ou não, pelo Ministério da Saúde.” (BRASIL, 2009a; p. 216).

O Ministro da Saúde, então, teria a responsabilidade de, uma vez assumida a posição da recomendação, “discuti-la com os demais gestores do Sistema Único de Saúde, gestores estaduais e municipais, para uma decisão comum sobre a forma de incorporação dessas tecnologias”. (BRASIL, 2009a; p. 216).

A análise inicia-se, “quando se trata de produtos para a saúde, com a existência de um registro pela ANVISA. Qualquer produto não registrado na ANVISA não é considerado existente, legalmente no País”. Portanto, não passa por avaliação com vistas à incorporação. (BRASIL, 2009a; p. 216).

Destaca que existe diferença entre o olhar do registro e o olhar da incorporação para oferecimento de produtos de diferentes tecnologias pelo Ministério, pelo SUS.

O registro da ANVISA, como foi destacado, aqui, pelo seu Presidente, olha para as dimensões da segurança, da eficácia e da qualidade dos produtos. Os maiores exemplos são os dos medicamentos e que já foram bastante abordados por aqui. Para isso a ANVISA analisa aqueles estudos que são trazidos pelas diferentes empresas interessadas no registro; estudos, em geral, realizados no contexto internacional, muitas vezes estudos realizados em vários países, mas que não tratam especificamente da realidade brasileira. (BRASIL, 2009a; p. 216).

No momento da avaliação da tecnologia com vistas à incorporação, além desses estudos, “são revisados os estudos de diferentes fontes, estudos publicados na literatura científica, os estudos que têm reconhecimento científico internacional sob aquela tecnologia que é proposta”, não se restringindo apenas àqueles estudos que foram trazidos pela empresa fornecedora do medicamento. (BRASIL, 2009a; p. 216).

E, necessariamente, essa análise deve contemplar as condições de uso dessa tecnologia no País, naquilo que diz respeito à organização do sistema de saúde, às condições de infraestrutura desse sistema de saúde para acesso, para acompanhamento, para diagnóstico de intercorrências, para acompanhamento do uso da tecnologia propriamente dito, e condições específicas que podem acontecer, sejam elas relativas à organização dos serviços e dos profissionais do Brasil, sejam as características da população

brasileira e as que devem levar a algum tipo de avaliação eventualmente diferente daquelas dos estudos originais apresentados pela empresa. Em seguida, reconhecido o valor intrínseco da tecnologia à luz desses estudos e à luz da avaliação das condições objetivas da realidade do serviço da população brasileira, é feita uma análise comparativa das diferentes alternativas tecnológicas para aquela mesma finalidade. (BRASIL, 2009a; p. 216-217).

Assim, mesmo as tecnologias “com eficácia, com efetividade, com tolerabilidade e conforto equivalentes com preços diferentes caminham para uma decisão da adoção daquela tecnologia de menor custo” (BRASIL, 2009a; p. 217). Tecnologias em que essa efetividade, o conforto e a eficácia são diferentes, “devem caminhar para a avaliação econômica sobre essas diferentes características, essas diferentes vantagens em relação à diferença de custos”. (BRASIL, 2009a; p. 217).

Por fim, ao aprovar a incorporação de uma tecnologia, “o Sistema de Saúde e o Ministério da Saúde devem necessariamente aprovar, também, a forma dessa incorporação”. (BRASIL, 2009a; p. 217). Desse modo, deveria, ainda, ser avaliado em que condições essa tecnologia poderia ser utilizada, para que pessoas, com que tipo de acompanhamento. Por conseguinte, essa tecnologia deve estar inserida “num protocolo para a sua utilização ou numa diretriz clínica, como já vem sendo adotado internacionalmente, pelas próprias entidades médicas do nosso País, além do aparelho formador.” (BRASIL, 2009a; p. 217).

Todavia, segundo alegação de Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, da Procuradoria Geral da República, apesar de o Ministério da Saúde e os gestores do SUS editarem inúmeros atos normativos, “somente em poucas hipóteses há a previsão de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas que definam minimamente qual o medicamento e o tratamento estabelecidos para o caso.” (BRASIL, 2009a, p. 37). Acrescenta, ainda, que:

Vale dizer, em quase todos os casos, não existe clareza mínima sobre o tratamento previsto na política pública, o que motiva prescrições médicas, inclusive de médicos do SUS, que recomendam o uso de medicamentos e a realização de tratamentos não oferecidos ordinariamente pelo Sistema Único de Saúde, mas que consideram ser a melhor alternativa terapêutica. (BRASIL, 2009a, p. 37).

Ademais, no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no acórdão que decidiu o Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175/CE, apontou-se que:

Se por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. (BRASIL, 2010).

Aliás, como disposto no parágrafo único do artigo 26 do Decreto nº 7.508/2011, “a cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”. (BRASIL, 2011).

Segundo esclarece Paulo Marcelo Gehm Hoff, representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP, na Audiência Pública, um dos problemas da incorporação de novas drogas no SUS estaria relacionada ao fato de que existem “drogas aprovadas no País, mas não disponibilizadas no SUS, disponíveis apenas para pacientes que tenham condições econômicas ou uma fonte pagadora na saúde suplementar.” (BRASIL, 2009a, p. 206).

Para Hoff, a maior fonte de questionamento jurídico é a diferença do atendimento público do atendimento privado, pois “são drogas a que, se você tiver um seguro, uma saúde suplementar, você terá acesso, e se depender do sistema SUS, não terá acesso.” (BRASIL, 2009a, p. 206). Acrescenta Pansieri que:

Parece-me que, neste tratamento e no próprio fundamento do tratamento igualitário, é que se encontra o fundamento para o atendimento desses indivíduos. Porque, quando se diz de tratamento universal e igualitário, por certo não está aqui a se excluir aqueles indivíduos que possuem doenças raras. Aqui se está em possibilitar a todos a possibilidade de cura de sua doença. E, por certo, como raros, a ideia de igualdade permite a esses um tratamento diferenciado por serem exatamente diferentes dos demais a que se aplicariam às condutas básicas previamente disciplinadas nos serviços públicos de saúde. (BRASIL, 2009a; p. 67).

Cumprе salientar que a negativa de um medicamento na SES/MG pode se dar sob quatro argumentos, conforme definição disposta na Portaria nº 2.981/2009: 1º - “não está(ão) contemplado(s) no componente especializado da assistência farmacêutica do Ministério da Saúde”⁴¹; 2º - “destina(m)-se a tratamento de

⁴¹ “A relação dos medicamentos disponibilizados pela SES/MG consta no folder Farmácia de Minas – medicamentos de alto custo” (BRASIL, 2009c).

neoplasia”⁴²; 3º - “pertence(m) ao programa de medicamentos básicos e a sua dispensação é responsabilidade de cada Município”⁴³, ou 4º “pertence(m) ao programa de medicamentos estratégicos e a sua dispensação é de responsabilidade do Município”. (BRASIL, 2009c).

Por meio de tais informações demonstra-se que a comprovação da recusa administrativa não se daria apenas pela negativa do fornecimento do medicamento pelo SUS, mas, também, seria possível a comprovação de que o medicamento pleiteado judicialmente estaria em uma das hipóteses de negativas dispostas normativamente, para que o cidadão não seja compelido a se expor a uma situação de lesão ou risco de lesão à saúde.

Além disso, é necessário ressaltar que segundo Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, representante do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, ao ser lido o artigo 200 da Constituição da República, percebe-se que não foi dada ao SUS qualquer competência normativa, “competindo-lhe, nesse campo, o poder de controlar, fiscalizar e participar da produção de medicamentos (inciso I)”. Desse modo, “o artigo 197 afirma, textualmente, que caberá ao poder público, dispor, nos termos da lei, sobre as ações e serviços de saúde, consideradas de relevância pública.” (BRASIL, 2009a, p. 141)

Destarte, é a Lei nº 8.080/90 que prevê “o poder de o SUS elaborar normas com relação à produção de insumos e equipamentos, não havendo expressa menção à palavra medicamentos (art. 16, X)” (BRASIL, 2009a, p. 141)

Seria necessário, desse modo, questionar até que ponto as normas editadas pelo SUS “(cuja direção, no âmbito da União, compete ao Ministério da Saúde) são vinculantes, considerando que, em nosso sistema, a competência preponderante para editar normas é do Poder Legislativo”. Afirma Pereira que não se negaria a “competência técnica, para órgãos do Ministério e outros explicitarem conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, mas a impossibilidade de inovarem a ordem jurídica, estabelecendo limites, consequências e sanções”. (BRASIL, 2009a, p. 141).

⁴² “Todos os medicamentos necessários são garantidos pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), credenciados pelo Ministério da Saúde, sob a coordenação técnica do Instituto Nacional do Câncer (disponível em: www.inca.gov.br)”. (BRASIL, 2009c).

⁴³ “Os medicamentos e insumos de automonitorização para diabéticos e do programa saúde da mulher são dispensados mediante a identificação do paciente e apresentação da receita médica em uma farmácia pública ou um posto de saúde”. (BRASIL, 2009c).

6.3.4 Prescrição de medicamento por profissional de saúde credenciado ao SUS

Outro critério a ser analisado é a exigência de que os pedidos judiciais de prestação de medicamento estejam acompanhados por prescrição médica por profissional de saúde credenciado ao SUS.

Algumas fundamentações enunciam que as prescrições realizadas por “médicos privados” não poderiam ser consideradas uma prova técnica apta a evidenciar a necessidade do medicamento. Outros julgadores, ao contrário, expõem que tais prescrições demonstrariam sim, a necessidade do medicamento, vez que todos têm o direito de se tratar com médico de sua confiança.

Tal questão é invocada a partir do texto do inciso II, do artigo 28 do Decreto nº 7.508/2011, o qual prevê que o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe “ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS” (BRASIL, 2009c).

Insta ressaltar que, após a realização do 4º Curso de Direito à Saúde, realizado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 28 de novembro de 2011, foi aprovada pela plenária, a proposição do enunciado nº 26, *in verbis*:

Os incisos I, II e IV do artigo 28 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, devem ser interpretados com ponderação e respeito ao princípio da universalidade e integralidade, de forma que a prescrição de medicamentos, por profissional da saúde que não esteja credenciado ao SUS, poderá ser admitida, observando preferencialmente os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. (MINAS GERAIS, 2011).

Além disso, a questão principal a ser considerada, conforme demonstrado no depoimento de Geraldo Guedes, representante do Conselho Federal de Medicina, na Audiência Pública, é que o “médico é uma pessoa habilitada e capacitada para o seu exercício profissional”, e tem como norte de atuação as normas constitucionais e aquelas constantes no Código de Ética Médica. (BRASIL, 2009a, p. 193).

Acrescenta que “perante o Código de Ética Médica, não existe médico do sistema privado ou público de saúde; todos são médicos de igual valor profissional”. (BRASIL, 2009a, p. 193). Nesse sentido, verifica-se que o Código de Ética médica estabelece os seguintes princípios da profissão médica:

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

Desse modo, os profissionais médicos seriam “capazes de realizar exames, administrar tratamentos e realizar acompanhamentos dentro de suas especialidades, inclusive prescrição”, pois em quaisquer dos casos, “trata-se de profissional habilitado, cujo enfoque principal, segundo o próprio Código de Ética Médica, no seu artigo 1º, é o exercício de uma “profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade”. (BRASIL, 2009a, p. 193).

Em sua conclusão afirma que é importante ressaltar que “a prescrição médica pertence ao paciente e não ao médico, independentemente de ele ser do sistema público ou privado”. (BRASIL, 2009a, p. 193).

No momento em que há prescrição ou determinação de um tratamento, ela passa a ser propriedade do paciente, e cabe a ele lutar por aquela realização daquele procedimento. Não existe prescrição que pertença ao médico. Portanto, não entendemos essa diferenciação entre médico do SUS e médico que não pertence aos quadros do SUS, porque todo cidadão brasileiro tem direito de acesso ao SUS. No momento em que a prescrição pertence a ele, ele passa a adquirir esse direito. (BRASIL, 2009a, p. 193).

Entende-se, assim, que não é possível se classificar um médico como privado, vez que nos termos do Código de Ética Médica, não se pode fazer distinção entre os mesmos. Até que se prove o contrário, todos são idôneos a prescrever um medicamento ao paciente.

6.3.5 Imprescindibilidade do medicamento pleiteado e comprovação da inadequação dos medicamentos fornecidos pelo SUS

Por meio da pesquisa jurisprudencial realizada, verificou-se que a análise do critério de comprovação da imprescindibilidade do medicamento pleiteado judicialmente é realizada de dois modos: alguns magistrados exigem apenas a juntada da prescrição do medicamento e do relatório médico que demonstra a doença diagnosticada e a necessidade do medicamento pleiteado para o tratamento. Outros julgadores exigem que, além de tais provas, seria necessário demonstrar, ainda, que o SUS não fornece qualquer medicamento correspondente, ou, caso positivo, que esse não seria adequado para tratamento do paciente, o que requereria, para tanto, a demonstração de que fora experimentado tal medicamento, sem, contudo, produzir os efeitos desejados para tal tratamento.

Faz-se necessário, entretanto, problematizar se, de fato, seria indispensável experimentar tais medicamentos, ou se haveria outros meios de comprovação da imprescindibilidade do medicamento.

O caso de um paciente que tem graves reações alérgicas a determinado elemento presente em um medicamento fornecido pelo SUS, mas que não faz parte da composição do medicamento pleiteado seria um exemplo disso. Outra situação possível é o fato de o paciente fazer uso concomitante de medicamento incompatível com o fornecido pelos SUS, mas compatível com o pleiteado.

Poderia ser ainda juntados estudos com respaldo na medicina baseada em evidências, nos quais fosse comprovada a inadequabilidade do medicamento fornecido pelo SUS.

Para a avaliação da imprescindibilidade do medicamento e da adequabilidade dos medicamentos fornecidos pelos SUS, é indispensável a profunda análise do caso concreto, assim como nos demais critérios, para a construção de uma fundamentação jurisdicional adequada à Constituição, resultante da participação das partes em contraditório.

6.3.6 Hipossuficiência

A exigência da comprovação da falta de condições para arcar com o valor do medicamento, ou seja, comprovação de hipossuficiência, geralmente é aplicada com

base na justificação da reserva do possível, pois se afirma que o Estado não teria recursos ilimitados, mas sim, escassos, tendo que limitar sua atuação apenas àqueles que não teriam condições para tanto.

Os julgadores que não consideram tal critério utilizam o argumento de que o direito seria de todos, e não haveria “respaldo legal” para a consideração de tal critério, afirmando, ainda, a universalização do direito à saúde, com base no artigo 196 da Constituição.

De fato, não há qualquer amparo jurídico na exigência da comprovação da hipossuficiência. Tal requisito sequer foi aventado na Audiência Pública. Nos casos em que se pleiteiam medicamentos e tratamentos médicos, os Procuradores do Estado geralmente se opõem ao pedido, apresentando construções argumentativas desprovidas de embasamento legal, como a invocação da “reserva do possível”.

A chamada “reserva do possível” consiste na sujeição dos direitos sociais de natureza prestacional, como o direito à saúde, a uma não comprovada afirmativa de que a implementação de tais direitos envolveria custos para o Estado, estando, portanto, sujeita à disponibilidade de recursos. Entretanto, conforme explicitado por Cunha Júnior (2006):

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um mesmo sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 287)

Cunha Júnior esclarece que a “reserva do possível” desenvolveu-se na Alemanha, num contexto jurídico e social distinto da realidade brasileira. Nessas diferentes ordens jurídicas, variam as formas de lutas, conquistas, realização e satisfação dos direitos. (CUNHA JUNIOR, 2006).

Enquanto a Alemanha está contextualizada entre os países centrais, onde já existe um padrão mínimo de bem-estar social, o Brasil é ainda considerado um país periférico, onde milhares de pessoas passam fome e não têm as mínimas condições de existência digna nas áreas da saúde, educação, trabalho, moradia, assistência e previdência sociais. Desse modo, a efetividade dos direitos sociais no Brasil ainda depende da luta pela efetiva implementação do direito, entendida como processo de

transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos. (CUNHA JUNIOR, 2006).

Portanto, o dever constitucional de garantir o direito à saúde não pode ser negado àqueles que necessitam de tratamento médico, sob a alegação de inconstitucional “reserva”.

Conforme disposto no artigo 196 da Constituição 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” (BRASIL, 1988), sendo que nos termos do artigo 198 da CR/88:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988).

Assim, a comprovação da hipossuficiência é um critério que deve ser afastado por consistir em um argumento de política, pois, como esclarece Cattoni de Oliveira, é necessário o reconhecimento de que “embora a Constituição articule, de forma complexa, questões políticas – éticas, morais e pragmáticas – a questões jurídicas, deve-se corretamente compreender tal articulação de um ponto de vista normativo”. (OLIVEIRA, 2007, p. 125).

Tal articulação requer uma compreensão adequada “ao Estado Democrático de Direito, de tal modo que a proteção de direitos não fique prejudicada por razões de Estado”. (OLIVEIRA, 2007, p. 125).

7 INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Após o desenvolvimento do presente trabalho, verificou-se a necessidade da construção de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática aplicável ao direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro, no intuito de balizar as fundamentações das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde, especialmente direcionadas às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A proposição de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática decorre da inviabilidade da adoção de uma das três interpretações analisadas anteriormente, quais sejam: radical liberal, radical social e intermediária, pois não se sustentam no marco do Estado Democrático de Direito.

Tal interpretação desenvolve-se a partir da interface de três eixos teóricos: a teoria da integridade do direito formulada por Dworkin (2010); a teoria do discurso jurídico de Habermas (1997b) e o balizamento principiológico uníssono do modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito brasileiro, estruturado inicialmente pelos autores italianos Andolina e Vignera (1979) e que vem sendo revisitado por autores brasileiros (OLIVEIRA, 2001; BARROS, 2008; NUNES, 2008).

Fez-se necessário refutar a interpretação jurisdicional radical liberal, a qual concebe que o direito à saúde somente pode ser prestado mediante políticas públicas, não cabendo ao judiciário “interferir” em sua implementação, por meio da narrativa histórica, demonstraram-se os desdobramentos que refletiram a necessidade de elevação da saúde à categoria de direito fundamental a ser prestado de forma universal e igualitária, não “devendo” ser, assim, considerada como mera assistência governamental.

Cumprе salientar que a inserção democrática do direito à saúde pela constituinte de 1988, não somente foi acompanhada pela atribuição da responsabilidade estatal para sua implementação por meio de ações e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde, como também garante o direito ao processo jurisdicional, para a reclamação do descumprimento do direito à saúde, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão ao referido direito, já que o processo jurisdicional brasileiro é meio para garantia da concretização de direitos fundamentais.

Houve, ainda, a necessidade de refutação da interpretação jurisdicional radical social, a qual se utiliza do enunciado constante no texto constitucional de que

a saúde é um direito de todos e dever do Estado, para justificar a concessão de medicamentos pleiteados judicialmente.

A mencionada interpretação faz uma leitura equivocada e extremada da concepção garantista dos direitos fundamentais, proposta por Ferrajoli (2009), conferindo uma sobreposição da função jurisdicional sobre as funções executiva e legislativa, e até mesmo da compreensão histórica do direito à saúde no sistema jurídico brasileiro.

Por fim, problematizou-se a interpretação jurisdicional intermediária, consubstanciada na ideia de que o direito à saúde poderia ser concedido judicialmente quando comprovado o preenchimento de determinados critérios.

Confrontou-se a aplicação de critérios adotados de modo fechado e acrítico, defendendo que esses devem ser problematizados e submetidos ao exame do caso concreto, em consonância com as alegações e provas produzidas pelas partes em contraditório judicial, pois a simples formulação e adoção prévia de critérios, para a posterior transposição ao caso concreto, não reflete, por si só, a construção de uma decisão adequada à Constituição.

Ademais, o modo de aplicação de tais critérios demonstra a incompreensão do funcionamento do Sistema Único de Saúde. Por isso, a presente pesquisa se propôs a investigar o conteúdo albergado por tais critérios, bem como a maneira pelo qual devem ser aplicados, a partir de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática.

Ao contrário dos demais posicionamentos que se baseiam em concepções fechadas, gerais e abstratas, por meio da formulação e defesa de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática pretendeu-se ressaltar a importância da abertura aos diversos canais de discurso disponibilizados no Estado Democrático de Direito, em especial, no âmbito do procedimento jurisdicional.

A interpretação jurisdicional constitucional democrática parte da compreensão de que, se de um lado compete aos gestores executar as políticas de saúde pública, de outro lado, a Constituição confere o direito ao processo jurisdicional para concretização de direitos fundamentais e, nesse passo, a efetivação do direito à saúde reflete-se numa questão que somente pode ser resolvida por meio da análise das particularidades do caso concreto.

Para demonstração da interpretação jurisdicional constitucional democrática, retoma-se o caso analisado inicialmente nesse trabalho.

7.1 Análise do julgamento do caso Liliam

A partir do desenvolvimento dos tipos de interpretação jurisdicional, bem como do conteúdo neles envolvido, foi importante retomar o caso Liliam, para análise das interpretações adotadas no seu julgamento e, ao final, propor uma fundamentação adequada à Constituição.

7.1.1 Interpretações jurisdicionais identificadas no caso Liliam

7.1.1.1 Voto 1

A fundamentação constante no primeiro voto proferido no caso Liliam, expressa a adoção da interpretação denominada no presente trabalho como intermediária, vez que submete a concessão do pedido judicial mediante a comprovação da doença alegada e da imprescindibilidade do medicamento requerido. (MINAS GERAIS, 2011).

Transparece, ainda, uma influência da interpretação jurisdicional social, pois explicita o entendimento de que cabe ao judiciário rever os atos ilegais praticados pela Administração, como teria sido a negativa do medicamento pleiteado, tendo em vista que “o direito à saúde e à vida não podem se submeter a regras burocráticas ou de caráter financeiro, principalmente por se tratar de enfermidade grave, cujo tratamento torna-se oneroso para o cidadão.” (MINAS GERAIS, 2011).

7.1.1.2 Voto 2

Os fundamentos apresentados no segundo voto também podem ser considerados atrelados à interpretação jurisdicional intermediária. Considera os critérios apresentados na fundamentação do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no relatado acórdão que decidiu o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, de modo acrítico, aplicando-os por meio do discurso de autoridade, sem atentar-se para as peculiaridades do caso concreto.

Assim, com base em um trecho da referida decisão, afirma que não seria possível forçar o Estado a fornecer medicamento sem registro na ANVISA. (MINAS GERAIS, 2011).

7.1.1.3 Voto 3

As motivações apresentadas no terceiro voto refletem-se na influência de conjuntos de sentidos próprios da interpretação jurisdicional radical social, pois são justificadas pela ideia de que “os pacientes sofredores de câncer têm o direito líquido e certo de buscar o fornecimento de qualquer medicamento que lhe seja prescrito pelo seu médico, ainda que seja médico particular.” (MINAS GERAIS, 2011).

7.1.1.4 Voto 4

No quarto voto, julgador afirma que já teria uma posição firmada sobre a matéria, demonstrando certa resistência quanto à análise das peculiaridades do caso, bem como, uso de fundamentação de caráter subjetivo e solipsista.

Transparece a adoção da interpretação jurisdicional intermediária. Utiliza-se da citação da ementa de um acórdão proferido pelo TJMG⁴⁴, em que fora negada a concessão do medicamento pleiteado. Entretanto, o mencionado acórdão não se restringia à discussão da questão da falta do registro da ANVISA, mas também pela inexistência de comprovação de que os medicamentos fornecidos pelo SUS não seriam eficazes para tratamento da doença. (MINAS GERAIS, 2011).

Todavia, não se atentou para as peculiaridades do caso concreto, pois foram juntados nos autos do caso Liliam, a comprovação da submissão da impetrante aos medicamentos fornecidos administrativamente pelos SUS. (MINAS GERAIS, 2011).

Atribui como discurso de autoridade a afirmação de “ser vedado o fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)” (BRASIL, 2010), contida no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. (MINAS GERAIS, 2011). Assim, limita-se a uma aplicação exegética da norma jurídica, sem qualquer possibilidade de interpretação para além do texto.

⁴⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0071.08.041962-6/005. Relator: Des. Manuel Saramago. Diário do Judiciário Eletrônico, Belo Horizonte, 3 fev 2011.

7.1.1.5 Voto 5

Os fundamentos constantes no quinto voto identificam-se com a interpretação jurisdicional radical liberal, pois se baseiam na justificativa de que seria finito o orçamento estatal: “certo é que, nos termos da Constituição da República, ao Poder Público cabe dispor, através de leis, sobre a política de saúde, com vistas a garantir o acesso universal e igualitário daqueles que necessitem.” (MINAS GERAIS, 2011). Assim, considera que não seria razoável:

[...] exigir-se, da Administração Pública - que se organiza, com vistas a cumprir o comando constitucional, padronizando procedimentos e estabelecendo protocolo de tratamentos para alcance universal e igualitário dos serviços de saúde -, que venha a prestar, individual e especificamente, a medicação prescrita por médico particular a seu paciente, sem que esta tenha sido selecionada no protocolo de tratamento do setor público. (MINAS GERAIS, 2011).

Assevera que para a concretização do direito à saúde, “o Poder Público deve agir seletiva e distributivamente, buscando a universalização deste serviço”. (MINAS GERAIS, 2011). Desse modo, apreende que a concessão judicial de fornecimento “de droga prescrita por médico particular, de alto custo, não padronizada, constituiria ingerência indevida na esfera de competência do Poder Executivo, na política de distribuição da saúde à coletividade”, o que inviabilizaria a universalização das ações de saúde. (MINAS GERAIS, 2011),

Dentre os fundamentos apresentados no voto em referência, destaca-se a citação da ementa de um acórdão proferido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴⁵, o qual também se ampara na interpretação jurisdicional radical liberal:

Não se questiona a obrigação do Estado em assegurar assistência à saúde do cidadão, mas tal garantia não implica a prevalência da vontade deste em relação às possibilidades e limitações próprias ao Estado e, logo, à Administração. Não há direito absoluto e, em razão da supremacia do interesse coletivo, bem como dos princípios previstos no art. 37 da CR/88, conclui-se que ao administrador cabe gerir com probidade os recursos públicos, distribuindo os serviços e funções de maneira a facilitar a fiscalização e, assim, reduzir os gastos. (MINAS GERAIS, 2008).

⁴⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 1.0000.07.459381-5/000. Relator: Des. Wander Marotta. Diário do Judiciário Eletrônico, Belo Horizonte, 20 fev 2008.

Insta salientar que, o julgador em referência, ao analisar o caso concreto, afirma que o medicamento solicitado - Lenalidomida – não era registrado perante a ANVISA, e que por isso, haveria um impedimento para sua concessão, pois seria patente a ausência de ilegalidade do ato combatido, porquanto, “ao negar o fornecimento do fármaco, subsume-se às normas da Lei Federal n. 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos”. (MINAS GERAIS, 2011).

Apesar de reconhecer a possibilidade de concessão judicial de medicamento não registrado na ANVISA, afirma que seria necessário, para tanto, uma autorização prévia da referida agência, o que demandaria um procedimento interno no qual fosse atestada “a segurança do tratamento e a ausência de similares no mercado, o que não poderia ser examinado “na via estreita do mandado de segurança, que sequer comporta dilação probatória”. (MINAS GERAIS, 2011).

Portanto, considerou que além da ausência de comprovação do direito líquido e certo da impetrante “à obtenção do medicamento Lenalidomida, tampouco restou configurada a ilegalidade do ato do Sr. Secretário de Saúde, que está em consonância com os ditames da Lei Federal n. 6.360/76”. (MINAS GERAIS, 2011).

7.1.1.6 Voto 6

A fundamentação apresentada no sexto voto identifica-se com interpretação intermediária, pois considera que a falta do registro do medicamento na ANVISA seria prejudicial para concessão do medicamento. (MINAS GERAIS, 2011).

Também atribui como discurso de autoridade a afirmação de “ser vedado o fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)” (BRASIL, 2010), contida no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. (MINAS GERAIS, 2011).

7.1.1.7 Voto 7

Por meio da análise dos fundamentos explicitados no sétimo voto é possível afirmar que tal decisão seria a que mais se aproxima da interpretação jurisdicional constitucional democrática.

Ao analisar o caso concreto a fundamentação explicita que a impetrante já teria demonstrado a imprescindibilidade do medicamento, inclusive por já ter utilizado as opções terapêuticas fornecidas pelo SUS. (MINAS GERAIS, 2011) e que o fármaco solicitado seria de vital importância para o controle de sua enfermidade, esclarecendo que no caso concreto não haveria “prova robusta capaz de desfazer as afirmações do médico que a acompanha no sentido de necessidade da medicação”. (MINAS GERAIS, 2011).

Apointa a existência de decisão realizada pelo Tribunal de Justiça⁴⁶, em que se discutiu exatamente a possibilidade de concessão do fármaco pleiteado e, ao analisar os documentos apresentados pelas partes, afirma que teria sido ressaltado “pelo próprio Poder Público, que a droga já se encontrava registrada por agências regulamentadoras americanas e européias”. (MINAS GERAIS, 2011).

Registra que a pretérita decisão realizada pelo TJMG, sobre o medicamento pertinente, demonstrou a possibilidade de aquisição de tal fármaco, pois informa que haveria a previsão normativa de autorização especial para sua importação. (MINAS GERAIS, 2011).

Evidencia que, no caso concreto, não seria possível a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado, vez que fora reconhecida “a eficácia da medicação no tratamento de doenças cancerígenas, bem como a possibilidade de sua importação, ainda que para isso seja necessária uma autorização especial da ANVISA”. (MINAS GERAIS, 2011).

Em que pese sua aproximação com a interpretação que aqui se pretende demonstrar, falta na referida decisão uma fundamentação que parte dos princípios constitucionais. Ademais, ainda é uma decisão solitária, pois os argumentos lançados não são submetidos ao contraditório prévio das partes no que se refere à autorização de importação do medicamento pela ANVISA.

7.1.1.8 Voto 8

Os fundamentos constantes no oitavo voto identificam-se com a interpretação jurisdicional intermediária. O julgador afirma que no caso concreto não fora

⁴⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0456.10.001870-8/001, relatora Des. Sandra Fonseca. Diário de Justiça Eletrônica 08 fev. de 2010.

comprovado o direito líquido e certo ao fornecimento do medicamento pleiteado, vez que não seria registrado pela ANVISA. (MINAS GERAIS, 2011).

7.1.1.9 Voto 9

O nono voto apenas concedeu o medicamento sem apresentar qualquer fundamentação, não sendo possível identificar qual seria a interpretação adotada.

7.1.2 *Etapa pré-interpretativa: identificação das regras e os padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática*

O desenvolvimento da presente pesquisa permitiu a identificação de inúmeras regras e padrões utilizados para embasar as fundamentações das decisões jurisdicionais relacionadas ao direito à saúde.

Verificou-se que os posicionamentos contraditórios podem referir-se às questões de fato sobre: a) comprovação da existência da doença; b) necessidade do medicamento pleiteado e sua prescrição médica; c) não fornecimento do medicamento pelo SUS; d) segurança, qualidade e eficácia do medicamento pleiteado.

Já as questões de direito, estariam subdivididas quanto aos aspectos empíricos, incluindo uma série de embates e julgamentos que demonstram as divergências travadas acerca da normatividade relacionada ao direito de fornecimento de medicamento, quais sejam: a) a necessidade de o medicamento estar registrado pela ANVISA, ou não; b) a indispensabilidade da prescrição do medicamento por médico do SUS ou outro médico que acompanha o paciente; c) se o medicamento ou tratamento indicado pode ou não ser substituído por um incluído nos protocolos médicos do SUS.

Cabe ressaltar que os aspectos empíricos guardam uma vinculação com a normatividade das atividades de saúde pública, discriminadas em leis, resoluções, portarias e decretos.

Já as divergências relacionadas ao fundamento do direito pressupõem o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental e do dever do Estado para sua implementação, pelas diversas esferas administrativas.

Nesse segundo caso, as questões de Direito, relativas aos seus fundamentos seriam quanto: a) à responsabilidade estatal solidária ou privativa dos entes da federação; b) ao direito universal à saúde ou a necessidade de comprovação da hipossuficiência econômica; c) aos limites para “intervenção” judicial na política pública de saúde, diante dos pedidos judiciais voltados para a prestação estatal de medicamentos.

Quanto ao último item elencado, o estudo paradigmático, desenvolvido por Habermas, possibilitou, em conjunto com a teoria da integridade do direito, a identificação de três interpretações jurisdicionais no âmbito da pesquisa, as quais interferem no o julgamento das demandas sobre saúde: a radical liberal, a radical social e a intermediária.

A interpretação jurisdicional radical liberal concebe que o direito à saúde, somente pode ser prestado mediante políticas públicas, não cabendo ao judiciário “interferir” em sua implementação.

A interpretação jurisdicional radical social baseia-se na fixação acerca do enunciado constante no texto constitucional de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, para justificar a concessão de medicamentos pleiteados judicialmente.

Já a terceira interpretação identificada no presente trabalho, denominada jurisdicional intermediária, adota o posicionamento de que a concessão de um medicamento pleiteado jurisdicionalmente está condicionada ao preenchimento de determinados critérios, quais sejam: registro do medicamento na ANVISA; prescrição do medicamento por profissional da saúde credenciado pelo SUS; falta de condições do autor para arcar com os custos do medicamento (hipossuficiência); negativa da prestação do medicamento pelo SUS e indispensabilidade do medicamento.

7.1.3 Etapa interpretativa: justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa

Por meio da narrativa histórica desenvolvida no quarto capítulo demonstrou-se quais foram os desdobramentos vivenciados no território brasileiro, que refletiram na configuração da saúde como um direito fundamental a ser prestado de forma universal e igualitária.

A luta democrática por tal previsão constitucional resultou, ainda, na atribuição da responsabilidade estatal para sua implementação por meio de ações e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Além disso, a Constituição também garante o direito ao processo jurisdicional, para a concretização dos direitos fundamentais, tal qual o direito à saúde, nos casos em que houver lesão ou ameaça de lesão a tais direitos.

Assim, se de um lado compete aos gestores executar as políticas de saúde pública, de outro lado, a Constituição confere o direito ao processo jurisdicional para concretização de direitos fundamentais, e nesse passo, a efetivação do direito à saúde reflete-se numa questão que deve ser resolvida por meio da análise das particularidades de cada pedido instaurado judicialmente.

7.1.4 Etapa pós-interpretativa ou reformuladora: ajuste daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa

A diversidade do conteúdo da fundamentação de cada voto demonstra a necessidade da defesa de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática, pois não é possível que a norma seja reduzida àquilo que o juiz afirma.

A norma constitucional precisa ser interpretada de forma que haja uma expectativa daquilo que será o resultado do julgamento, com base no respeito à integridade do direito, à teoria do discurso jurídico e ao modelo constitucional de processo, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para demonstração da possibilidade de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática, foi percorrido o caminho para a construção de uma decisão jurisdicional do caso Liliam.

Conforme análise realizada sobre os critérios adotados jurisprudencialmente, verificou-se que a partir da justificativa geral da implementação do direito à saúde, alguns deles não podem subsistir. Tais critérios gerais devem ser confrontados no caso concreto, pois sempre pode haver um novo argumento. Assim, em termos processuais será a abertura ao contraditório e uma fundamentação construída com base do esforço argumentativo das partes, e na possibilidade de ampla comprovação do alegado, que permitirá a melhor decisão.

O critério de registro do medicamento na ANVISA não pode ser aplicado como uma regra absoluta, pois admite exceções, como a hipótese estabelecida na

Lei Federal nº 9782/1999, qual seja, aquisição de medicamentos por intermédio de Organismos Multilaterais Internacionais, para uso de programa em saúde pública pelo Ministério da Saúde; nos casos em que for requerida autorização para importação de medicamento; e nos casos em que seja descumprido o prazo para o registro, pela Agência.

No último caso, o critério de registro pode ser superado pela comprovação de que o medicamento seria seguro, eficaz, e de qualidade, de acordo com o que preceitua a medicina baseada em evidências e/ou quando já tenha sua segurança e autorização certificada por agência de controle de outros países ou instituições internacionais. Contudo, não se pode aqui deixar tais questões ao alvedrio do juiz, que não possui conhecimento técnico científico suficiente para estabelecer tais soluções.

O critério da prescrição do medicamento por profissional da saúde credenciado pelo SUS não se adequa à justificativa geral, pois não há respaldo legal para desconsiderar uma prescrição formulada por médico que não seja credenciado ao Sistema. Tal discriminação é desprovida de fundamento, pois não se pode presumir a inidoneidade do médico, vez que todos seguem as mesmas normas e diretrizes terapêuticas e estão submetidos aos regulamentos do Conselho Federal de Medicina.

O critério da hipossuficiência deve ser afastado, pois a Constituição assegura o acesso universal e igualitário das ações e serviços destinados à saúde.

Isto porque não seria adequado o fornecimento de medicamentos experimentais, pois confronta o consenso de que no Brasil os tratamentos médicos devem obedecer aos ditames da “medicina baseada em evidências”. Também não seria adequado conceder judicialmente um medicamento fornecido administrativamente, vez que ensejaria a carência de ação.

A negativa da prestação do medicamento pelo SUS não pode ser exigida nos casos em que o autor puder comprovar o não fornecimento do medicamento por outros meios de prova, tais quais, relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME), protocolo clínico e diretrizes terapêuticas, ou simples declaração da SES/MG, a qual pode ser obtida sem a necessidade do procedimento administrativo.

Em caso de necessidade de prova complementar, seria importante a produção de prova pericial que ateste a necessidade ou não do medicamento.

O papel do julgador seria integrar em sua fundamentação a integridade do direito, a teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito brasileiro, demonstrando as provas e alegações que motivaram o resultado do provimento.

Em alguns casos, seria necessário ainda ampliar a discussão do caso concreto, por um debate interinstitucional, que integrasse as partes, o julgador, o representante do Ministério Público, o representante da função executiva, peritos e assistentes técnicos.

7.1.5 Aplicação da interpretação jurisdicional constitucional democrática no caso Liliam

Partindo, assim, dos pontos gerais acima expostos, deve-se observar os fatos que foram submetidos em contraditório pelas partes para a decisão, bem como os apresentados pelos próprios julgadores a partir dos precedentes do próprio tribunal, de ofício.

No caso Liliam, os argumentos fáticos e sua comprovação por meio de provas admitidas em juízo foram os seguintes: a) a juntada da comprovação da negativa da prestação do medicamento pela SES/MG; b) foram demonstradas por relatórios médicos a utilização e ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS para tratamento da doença diagnosticada. Por outro lado, na dialética do processo em razão do contraditório empreendido pela partes, ficou evidenciada a inexistência de provas pelo poder público parte interpretada no Mandado de Segurança, que refutassem o relatório médico. Também, não foi suscitada a discussão do critério da hipossuficiência. Por fim, o debate em contraditório vinculou-se à questão do registro da ANVISA.

Argumentos não apresentados pelas partes, mas que seriam necessários para uma decisão adequada, desde que permitida a produção de mais provas. Tal questão aqui será tratada de forma hipotética já que nos termos da legislação processual brasileira não se admite dilação probatória em mandado de segurança. No caso do medicamento Lenalidomida, o pedido de registro foi submetido à ANVISA há cerca de três anos, configurando, assim, o descumprido do prazo legal previsto no parágrafo 2º do artigo 12 da Lei nº 6.360/76, por parte da ANVISA. (CARTA CAPITAL, 2012).

Ademais, o Protocolo Clínico relativo ao tratamento da doença mieloma múltiplo foi aprovado pela Portaria Conjunta nº 25 em 2002, contrariando ao disposto no parágrafo único do artigo 26 do Decreto nº 7.508/2001 que estabelece a necessidade atualização dos protocolos clínicos a cada dois anos:

O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT.

Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. (BRASIL, 2011).

Além disso, no próprio protocolo está previsto que o uso do medicamento Talidomida pode apresentar como efeito adverso (efeito colateral) a neuropatia periférica. (BRASIL, 2002).

Conforme parecer aprovado pela comissão parecerista do Conselho Regional de Medicina do Paraná:

O medicamento Lenalidomida, é um análogo estrutural de talidomida com atividade biológica semelhante, porém mais potente, sendo uma das suas indicações o tratamento dos casos de mieloma múltiplo refratário. Verificamos que o mesmo se encontra aprovado tanto na EMEA (Agência Europeia de Medicamento), quanto no FDA (Food and Drug Administration), estando em análise sua aprovação na ANVISA. O medicamento é comercializado com o nome de Revlimid® e já foi aprovado em 55 países. (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ, 2011).

Por outro lado, vê-se que um dos julgadores tinha conhecimento prévio de provas que atestavam a existência de autorização para importação, em razão do medicamento já ter sido autorizado por agências europeias e americanas. Tais argumentos poderiam ser introduzidos de ofício pelo juiz, nos ditames do Estado Democrático de Direito, desde que submetidos ao contraditório prévio.

Desse modo, entende-se que o medicamento Lenalidomida deveria ter sido concedido judicialmente, vez que ficou demonstrada a existência de provas substanciais de que tal medicamento teria comprovação de eficácia, segurança e qualidade fora do país.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos realizados no presente trabalho possibilitaram a identificação e compreensão das divergências ocorridas no âmbito das fundamentações das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Verificou-se que tais fundamentações não estão em conformidade com o Estado Democrático de Direito, devendo ser reformuladas a partir de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática.

Ao se confrontar a teoria da integridade do direito com as fundamentações das decisões jurisdicionais analisadas, sendo o caso Liliam um exemplo valioso para tal demonstração, verificou-se que os posicionamentos contraditórios emitidos nos julgamentos relativos aos pedidos de concessão judicial de medicamentos, resultam de divergências ligadas a questões de fato ou de direito.

As questões de fato estariam ligadas às divergências concernentes a: a) comprovação da existência da doença; b) necessidade do medicamento pleiteado e sua prescrição médica; c) não fornecimento do medicamento pelo SUS; d) segurança, qualidade e eficácia do medicamento pleiteado.

Já as questões de direito estariam subdivididas quanto aos aspectos empíricos sobre o direito, ou quanto aos fundamentos do direito.

Dentre os aspectos empíricos, estaria incluída uma série de embates e julgamentos que demonstram as divergências travadas acerca da normatividade relacionada ao direito de fornecimento de medicamento, quais sejam: a) a necessidade de o medicamento estar registrado pela ANVISA ou não; b) a indispensabilidade da prescrição do medicamento por médico do SUS ou outro médico que acompanha o paciente; c) se o medicamento ou tratamento indicado pode ou não ser substituído por um incluído nos protocolos clínicos do SUS.

Cabe ressaltar que os aspectos empíricos guardam uma vinculação com a normatividade das atividades de saúde pública, discriminadas em leis, resoluções, portarias e decretos.

Já as divergências relacionadas ao fundamento do direito pressupõem o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental e do dever do Estado para sua implementação, pelas diversas esferas administrativas.

Nesse segundo caso, as questões de Direito, relativas aos seus fundamentos seriam quanto: a) à responsabilidade estatal solidária ou privativa dos entes da

federação para a prestação das ações e serviços destinados à saúde; b) à necessidade de comprovação da hipossuficiência econômica ou não diante do caráter universal do direito à saúde; c) aos limites para “intervenção” judicial na política pública de saúde, diante dos pedidos judiciais voltados para a prestação estatal de medicamentos.

Quanto ao último item relacionado, o estudo paradigmático, desenvolvido por Habermas, possibilitou, em conjunto com a teoria da integridade do direito, a identificação de três interpretações jurisdicionais no âmbito da pesquisa, as quais interferem no julgamento das demandas sobre saúde: a radical liberal, a radical social e a intermediária.

Não se defende que a questão discutida é de fácil resolução, contudo, procurou-se demonstrar que não será pela adoção de posicionamentos radicais, da elaboração de critérios acrílicos, que tal solução poderá ser encontrada. É necessária a ampliação e o aprofundamento das questões debatidas judicialmente.

O objetivo do presente trabalho foi ampliar e aprofundar as discussões relativas ao direito ao processo e à saúde, afastando os posicionamentos radicais e os critérios incoerentes e não problematizados, que resultam em julgamentos inconstitucionais, que não consideram as peculiaridades do caso concreto e dos argumentos e provas produzidas pelas partes, para a construção das decisões jurisdicionais.

Não é mais possível a adoção da interpretação jurisdicional radical liberal, vez que tal posicionamento desconsidera a elevação da saúde como um direito fundamental, que deve ser implementado sob a responsabilidade solidária dos entes federais de forma universal e igualitária, podendo, ainda, ser reclamado jurisdicionalmente, por meio do direito ao processo e impede que a construção da decisão seja construída de forma participada, pois não chega a considerar os contornos apresentados no caso concreto.

Também deve ser afastada a interpretação jurisdicional radical social, pois desconsidera os parâmetros normativos e as peculiaridades do caso, concedendo o medicamento pleiteado de forma desenfreada. Tal posicionamento aposta numa sobreposição da função jurisdicional sobre as funções executiva e administrativa, proferindo decisões com base em discursos de autoridade e da discricionariedade.

A interpretação jurisdicional intermediária, entretanto, pode ser reformulada e transformada numa interpretação jurisdicional constitucional democrática, desde que

prime pela integridade do direito, que se desenvolva por meio do discurso jurídico, com base na principiologia uníssona evidenciada no modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito.

Assim, para a defesa de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática foi necessário esclarecer e problematizar os critérios adotados para a concessão dos medicamentos pleiteados judicialmente no TJMG, impedindo, assim, a aplicação desses de forma fechada e acrítica.

Tais critérios, ao contrário, devem ser submetidos à análise do caso concreto, em consonância com as alegações e provas produzidas pelas partes, pois, se de um lado compete aos gestores executar as políticas de saúde pública, de outro lado, a Constituição preceitua a saúde como um direito a ser prestado pelo Estado de modo universal e igualitário, assegurando o direito ao processo jurisdicional para a concretização de direitos fundamentais.

Após a desconstrução dos equívocos apresentados nas referidas divergências, foi possível a proposição de uma interpretação jurisdicional constitucional democrática, adequada à Constituição brasileira, por meio da adoção do modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito brasileiro, que por seu balizamento principiológico uníssono, reforçou a importância da aplicação dos estudos de Dworkin e Habermas no sistema jurídico brasileiro.

A referida interpretação engloba três eixos teóricos: a integridade do direito, que reforça a necessidade: da compreensão do contexto em que se insere a previsão do direito à saúde no Brasil; do funcionamento do Sistema Único de Saúde e dos espaços de consenso criados nos debates sobre saúde; a teoria do discurso jurídico, que corresponde a abertura para discussão argumentativa sobre o tema por meio do procedimento judicial e pela análise das peculiaridades do caso concreto; o modelo constitucional do processo no Estado Democrático de Direito, que compreende o processo como garantia de concretização de direitos fundamentais, englobando a principiologia uníssona prevista na Constituição, composta pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do julgador e da fundamentação das decisões jurídicas.

A adoção da interpretação jurisdicional constitucional democrática contribuiu para o afastamento de posicionamentos radicais e de critérios fechados, acríticos e incoerentes, por meio da discussão ampla e profunda acerca das questões

relacionadas ao caso concreto, para a construção participada de uma decisão jurisdicional adequada a Constituição.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. A saúde como direito de todos e dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. In: AITH, Fernando et al. (orgs.). **Direito Sanitário: Saúde e direito, um diálogo possível**. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costizionale del processo civile italiano**. seconda adizione ampliata eg aggiornata. Torino: Giappichele Editore, 1979.
- ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. In: **Revista de Processo**. v. 87. p. 63-69. São Paulo, jul/set. 1997.
- ATALLAH, Álvaro Nagib. A incerteza, a ciência e a evidência. **Diagnóstico e tratamento**. v. 9, jan.-mar. 2004. São Paulo: Lemos Editorial. p. 27-28.
- BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães, MORAIS, José Luis Bolzan (coords). **Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1, n.6. Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de hermenêutica Jurídica, 2008.
- BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. 11 impres. São Paulo: Ática, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Políticas de saúde no Brasil: um século de luta pelo direito à saúde**. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=26232. Acesso em: 20 ago. 2011a.
- BRASIL. Decreto nº 7.508 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 jun. 2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 abr 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**: saúde. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública Saúde**. Audiência Pública sobre a Saúde, evento realizado no STF em Brasília/DF durante os dias 27,28 e 29 de abril e 4,6,7 de maio de 2009. 2 vídeo-discos. 1º dia (bloco 1 - 42m09s; bloco 2 - 53m43s; bloco 3 - 08m42s; bloco 4 - 08m43s); 2º dia (bloco 1 - 59m49s; bloco 2 - 46m59s; bloco 3 - 50m18s); 3º dia (bloco 1 - 57m08s; bloco 2 - 52m35s; bloco 3 - 54m53s); 4º dia (bloco 1 - 58m25s; bloco 2 - 47m10s; bloco 3 - 45m39s); 5º dia (bloco 1 - 23m27s; bloco 2 - 30m29s; bloco 3 - 31m15s; bloco 4 - 30m36s); 6º dia (bloco 1 - 57m03s; bloco 2 - 33m55s; bloco 3 - 26m11s; bloco 4 - 29m42s). Brasília: TV Justiça, 2009b.

BRASIL. Portaria nº 2.981 de 26 de novembro de 2009 do Ministério da Saúde. Aprova o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 2009c.

BRASIL. Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998 do Ministério da Saúde. Política Nacional de Medicamentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 out. 1998.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 set. 1976.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1967.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília: Senado, 1946.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília: Senado, 1934.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado, 1891.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília: Senado, 1824.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2.ed. São Paulo: LZN editora, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. 5 ed. Buenos Ayres, 1956.

CARTA CAPITAL. Saúde. **Brasil barra medicação contra câncer na medula**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/saude/medicacao-contracancer-na-medula-e-barrada-no-brasil/>. Acesso em: 5 jan. 2012.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Legitimidade dos provimentos. Dissertação** (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro 2009. **Código de Ética Médica**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. Parecer nº 2303/2011CRM-PR. Processo consulta nº 006/2011. **Medicamento sem registro na ANVISA**. Parecerista: Alexandre Gustavo Bley. disponível em : http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPR/pareceres/2011/2303_2011.htm. Acesso em: 20 dez. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos direitos fundamentais sociais e a Reserva do Possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.

DIAS, Carlos Malheiro. **História da colonização portuguesa no Brasil**. Porto: Litografia Nacional, 1924.

DIAS, Ronaldo de Carvalho Brêtas. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo de Carvalho Brêtas. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; DINIZ, Luciana Nepomuceno. **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 457-496.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direitos fundamentais. *In*: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre , n.7 , p.39-76, jan. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia**. 2 ed. vol. 2: Teoria della democrazia. Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.89-109.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1.ed. 2.tiragem. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. vol.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. vol.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do Saneamento**. São Paulo: Hucitec, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

IYDA, Massako. **Cem anos de saúde pública: a cidadania negada**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MACHADO, Felipe Daniel Amorin. (Re)construindo as decisões judiciais, a partir de Ronald Dworkin: pode o juiz tomar decisões pautadas em argumentos de política? *In*: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009. p. 131-161.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento e Cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. 1 ed.1 reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

MERCADANTE, Otávio Azevedo (coord.). *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil.* In: Finkelman, Jacob (Org.) **Caminhos da saúde pública no Brasil** 20 ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 1.000.10.063989-7/000. Relator: Des. Antônio Sérvulo. Relator para o acórdão: Des. Leite Praça. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 14 julho 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Enunciado 26. In: **Forum Permanente de direito à saúde**. 4º Curso de Direito à saúde. 28/11/2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O direito à saúde: justiciabilidade não significa fazer (in)justiça com a própria caneta. In: SECRETARIA DA SAÚDE DO RIO GRANDE DO SUL. **Boletim da Saúde**. Escola de Saúde Pública. v. 24, n. 2, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Politização do Judiciário no Direito Comparado – algumas considerações. In: MACHADO, Felipe, CATTONI, Marcelo (coord.) **Constituição e Processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constitucionalismo e história do direito**, Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. De que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.87-110, 1. sem. 2007a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Política e Filosofia**: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitos_humanos.php. Acesso em: 16 out. 2010a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/legislacao/outros/pacto_internacional_2.pdf. Acesso em: 16 out. 2010b.

PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A crise da Saúde Pública e a utopia da saúde coletiva**. Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1,

n.4. Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de hermenêutica Jurídica, 2006.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 8 de novembro de 2011.

RICOEUR, Paul. **O justo**: justiça, verdade e outro estudos. vol.2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RISI JUNIOR, João Baptista; NOGUEIRA, Roberto Passos (coords.). As Condições de Saúde no Brasil. *In*: Finkelman, Jacob (Org.) **Caminhos da saúde pública no Brasil** 20 ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROSEN, George. **História da Saúde Pública**. 2 ed. São Paulo: Unesp, 1994.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *In*: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. n.6. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010. p. 75-100.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Ovídio A Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *In*: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1, n.4. Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de hermenêutica Jurídica, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In*: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 15 - n. 1 jan-abr 2010. p. 158-173.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.3-27.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada**: reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático do direito. Curitiba: Juruá, 2007.

VIAL, Sandra Regina Martini. As dificuldades e os avanços na efetivação do direito à saúde: um estudo de caso. *In*: SECRETARIA DA SAÚDE DO RIO GRANDE DO SUL. **Boletim da Saúde**. Escola de Saúde Pública. v. 24, n. 2, 2010.

YIN, Robert K.; GRASSI, Daniel. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

APÊNDICE A – INTEIRO TEOR DA DECISÃO DO CASO LILIAM

Numeração Única: 0639897-03.2010.8.13.0000

Relator: Des.(a) ANTÔNIO SÉRVULO

Relator do Acórdão: Des.(a) LEITE PRAÇA

Data do Julgamento: 15/06/2011

Data da Publicação: 15/07/2011

Inteiro Teor:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. - Em conformidade com o entendimento do colendo STF, não se pode forçar o Estado a fornecer medicamento sem registro na ANVISA.

V.V.

CONSTITUCIONAL. SAÚDE. MEDICAMENTO. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. FORNECIMENTO. OBRIGATORIEDADE. Cabe ao Poder Público fornecer às pessoas necessitadas, gratuitamente, medicamentos necessários para o tratamento de doença crônica, de alto custo, a encargo do SUS.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.10.063989-7/000 - CO MARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): LILIAM MARIA DE ASSIS FREITAS - AUTORID COATORA: SECRETARIO ESTADO SAUDE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO SÉRVULO - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. LEITE PRAÇA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o 3º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador MANUEL SARAMAGO , incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2011.

DES. LEITE PRAÇA - Relator para o acórdão.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Relator vencido.

16/03/2011

3º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS
ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.10.063989-7/000 - COMARCA DE
BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): LILIAM MARIA DE ASSIS FREITAS -
AUTORIDADE COATORA: SECRETARIO ESTADO SAUDE MINAS GERAIS -
RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO SÉRVULO

O SR. DES. ANTÔNIO SÉRVULO:

VOTO

Pretende a impetrante o fornecimento dos medicamentos, exames e procedimentos necessários ao seu tratamento médico, em especial o medicamento Lenalidomida (Revlomid), na forma prescrita: 25 mg/dia durante 21 dias por mês, enquanto perdurar o tratamento da doença, por não possuir condições financeiras de adquiri-lo.

O mandado de segurança, em nosso direito, não é uma ação como qualquer outra. É remédio excepcional, de natureza constitucional, que só tem cabida para tutela emergencial de direito líquido e certo violado por ato abusivo de autoridade pública.

Por direito líquido e certo, outrossim, entende a unanimidade da doutrina e jurisprudência atuais como o que se erige de fatos incontroversos e, como tal, somente são havidos os que se demonstram, in limine litis, por meio de prova documental.

Assim, não havendo dilação probatória em mandado de segurança, o direito invocado deve estar revestido, de maneira cristalina, de liquidez e certeza. Na abalizada lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, "direito líquido e certo é

aquele que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser definido por outros meios judiciais".

E continua o festejado administrativista:

"Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se aproxime com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não líquido nem certo para fins de segurança". (in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data", Editora Malheiros, p. 28).

Ensina Carlos Mário da Silva Velloso ("in" Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988; "apud" Mandados de Segurança e Injunção - coordenação: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; São Paulo: Saraiva Ed., 1990, p. 81):

"O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual."

Na lição de Ernane Fidélis dos Santos ("in" Mandado de Segurança Individual e Coletivo, ob. cit. p. 128): "...direito líquido e certo é o que pode ser reconhecido apenas pela apreciação do modelo jurídico próprio com o fato nele adequado, sem necessidade de se socorrer de provas que não seja a documental, em princípio, indubitosa. Mas, veja-se bem, 'que pode' e não 'que deva' ser reconhecido, porque, como é normal a qualquer julgamento, o direito poderá ser negado definitivamente.

Se a questão fática depender de provas, as vias ordinárias são o caminho específico."

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 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 comportamento inconstitucional.

Por isso é que a concessão do medicamento negado pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário, não consiste em interferência de um Poder no outro, já que a função do Poder Judiciário é justamente essa, ou seja, rever os atos ilegais praticados pela Administração Pública. Nem tampouco há infringência ao pacto federativo, na medida em que há solidariedade dos três entes federativos nesse particular.

Volvendo ao medicamento em questão, tem-se que restou de plano comprovado o direito líquido e certo da impetrante, com a efetiva demonstração da enfermidade que o acomete (relatórios médicos de fls. 28/33). Fora evidenciada, ainda, a necessidade da utilização do medicamento pleiteado, impondo-se a concessão da ordem mandamental.

Infere-se do relatório médico que a impetrante é portadora de Mieloma Múltiplo, com extenso cometimento ósseo e anemia, tendo sido submetida a transplante de medula óssea no ano passado. A doença, contudo, está apresentando uma nova progressão, tendo desenvolvido grave neuropatia periférica decorrente do uso de bortezomide (velcade) e talidomida.

Diante deste histórico foi prescrita a Lenalidomida (Revlomid), como única droga capaz de trazer resposta ao controle da doença sem efeitos colaterais e sem toxicidade neurológica.

Mostrando-se o medicamento pleiteado o mais indicado para o tratamento da enfermidade que acomete o impetrante, após a realização de outros procedimentos, mostra-se temerária a negativa de seu fornecimento sob o argumento de que possui alto custo.

Ora, o direito à saúde e à vida não podem se submeter a regras burocráticas ou de caráter financeiro, principalmente por se tratar de enfermidade grave, cujo tratamento torna-se oneroso para o cidadão.

A propósito, confira-se coadunável aresto deste Tribunal de Justiça:

"FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DEVER DO ESTADO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - RECEITUÁRIO PARTICULAR - MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS. - Deve o medicamento, mesmo se receitado por médico particular, ser fornecido, em determinados casos, ante a apresentação de receituário pelo requerente, não prevalecendo ante o valor saúde (leia-se vida) a oposição de óbices orçamentários genéricos da LRF. - O usuário do SUS tem direito a atendimento que possibilite o seu tratamento de forma adequada, independentemente dos problemas orçamentários que a Administração diz ter, ou se estará ferindo o direito à vida, além dos princípios da isonomia e da igualdade de condições."

(Mandado de Segurança nº 1.0000.07.449452-7/000, Rel. Desemb. WANDER MAROTTA, publicado em 27/06/2007).

Aparentemente, conforme informado pela impetrante às fls. 89/90, a autoridade coatora não vem cumprindo com a medida liminar já deferida. Saliento, então, a necessidade e imprescindibilidade do medicamento à impetrante.

Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para determinar ao impetrado que forneça o medicamento pleiteado, Lenalidomida (Revlomid), na forma prescrita: 25 mg/dia durante 21 dias por mês, enquanto perdurar o tratamento da doença, mediante apresentação de receita médica atualizada, a qual deverá ficar retida.

Sem custas ou honorários.

O SR. DES. BARROS LEVENHAGEN:

Sr. Presidente.

Peço vista dos autos.

O SR. DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA:

Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de adiantar meu voto.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por LILIAM MARIA DE ASSIS FREITAS, em face de ato do Sr. Secretário de Estado de Saúde de Minas Gerais, que negou-lhe o fornecimento do medicamento Lenalidomida (Revlimid), 25mg/dia.

O digno Desembargador Relator entende pela concessão da segurança.

Peço venia ao ilustre Relator para dele divergir, entendendo que, na hipótese em apreço, inexistente direito líquido e certo a amparar o pleito.

De acordo com a Nota Técnica AT/SES nº 3394/2010, juntada aos autos às fls. 73/78, o medicamento Lenalidomida (Revlimid) não possui registro junto à ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não é comercializado no Brasil.

A respeito da temática, peço vênias para transcrever o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental interposto pela União contra decisão da Presidência do STF, na qual foi indeferido o Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175:

"Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que "nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde". O artigo 16 da referida Lei

estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor- Presidente da ANVISA na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação." (grifo nosso).

Com efeito, em conformidade com o entendimento do colendo STF, não se pode forçar o Estado a fornecer medicamento sem registro na ANVISA.

No mesmo sentido é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

"FORNECIMENTO PELO ESTADO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA - IMPOSSIBILIDADE - ATESTADO FIRMADO POR MÉDICO - IMPOSSIBILIDADE DE SUA ACEITAÇÃO SE CONTRAPOSTO A FUNDADAS RAZÕES FORNECIDAS POR SERVIÇO MÉDICO OFICIAL. Se o medicamento indicado pelo médico da autora não possui registro na ANVISA, não há como exigir-se que o Estado o forneça, já que é proibida a sua comercialização. O tratamento do paciente pode ser feito por outros medicamentos fornecidos pelo SUS. Só laudo médico - devidamente justificado e emitido por serviço oficial - pode ser contraposto às razões da Administração, para efeito de fornecimento de medicamento." (Apelação Cível nº 1.0024.07.486777-1/002, Relator: Des. Wander Marotta, DJ: 30/09/2008).

"AÇÃO ORDINÁRIA - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO PELO ESTADO DE MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA - IMPOSSIBILIDADE. A saúde é direito de todos e dever do Estado, além de configurar-se como um dos fundamentos da Constituição da República. Entretanto,

se o medicamento indicado pelo médico do autor não possui registro na ANVISA, não há como exigir-se que o Estado o forneça, vez que proibida a sua comercialização." (Reexame Necessário nº 1.0024.06.216017-1/003, Relator: Des. Geraldo Augusto, DJ: 11/11/2008).

Neste aspecto, portanto, não está patente o direito líquido e certo da Impetrante, a ser amparado via mandado de segurança, tendo em vista a ausência de registro do fármaco pretendido junto a ANVISA e à ausência de autorização para a sua comercialização no país.

Ademais, ressalte-se que a Portaria nº 2.439/2005, que instituiu a Política Nacional de Atenção Oncológica, dispõe que é assegurado tratamento aos doentes com diagnóstico clínico ou definitivo de câncer através das Unidades de Assistência de Alta Complexidade e dos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONS), não tendo, porém, a Impetrante comprovado que está em tratamento em Instituto credenciado como Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON.

Diante do exposto, pedindo venia ao eminente Relator, denego a segurança.

Custas ex lege.

É o meu voto.

O SR. DES. MAURÍCIO BARROS:

Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de adiantar meu voto.

Com a devida vênia, não vejo como se possa obrigar o cidadão acometido de câncer a tratar-se em Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia, abrindo mão do médico da sua confiança.

Por outro lado, entendo que até mesmo os medicamentos sem registro na ANVISA devem ser fornecidos gratuitamente aos pacientes que padecem de câncer, em função da supremacia do direito à vida sobre a burocracia estatal, mesmo porque ninguém pode afirmar que determinado medicamento é mais eficaz ou menos eficaz do que aqueles disponibilizados pelo Estado, para o tratamento de tão grave doença.

Por isso é que entendo que os pacientes sofredores de câncer têm o direito líquido e certo de buscar o fornecimento de qualquer medicamento que lhe seja prescrito pelo seu médico, ainda que seja médico particular.

Com esses adminículos, rogando vênia à divergência, acompanho o eminente Relator.

É como voto.

SÚMULA: PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL. O RELATOR CONCEDIA A ORDEM. EM ADIANTAMENTO DE VOTO, DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA DENEGAVA A ORDEM E DES. MAURÍCIO BARROS CONCEDIA A ORDEM.

18/05/2011

3º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.10.063989-7/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): LILIAM MARIA DE ASSIS FREITAS - AUTORID COATORA: SECRETARIO ESTADO SAUDE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO SÉRVULO

O SR. PRESIDENTE (DES. MANUEL SARAMAGO):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 16/03/2011, a pedido do Primeiro Vogal, após votarem o Relator, concedendo a ordem, e, em adiantamento de voto, o Des. André Leite Praça, denegando-a, e o Des. Maurício Barros, concedendo-a

Com a palavra o Des. Barros Levenhagen.

O SR. DES. BARROS LEVENHAGEN:

VOTO

Peço 'venia' para divergir do judicioso voto proferido pelo E. Relator, por já possuir posição firmada sobre a matéria, conforme precedente abaixo, em que aderi ao entendimento esposado pelo Desembargador MANUEL SARAMAGO.

Número do processo: 1.0071.08.041962-6/005(1)

Relator: Des.(a) MANUEL SARAMAGO

Data do Julgamento: 03/02/2011

Data da Publicação: 22/02/2011

EMENTA: CONSTITUCIONAL - SAÚDE -MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS - INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO À INEFICIÊNCIA DOS MEDICAMENTOS DISPONIBILIZADOS - INDEFERIMENTO DO PEDIDO. Diante da ausência de registro do fármaco na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como da inexistência de comprovação de que os medicamentos disponibilizados pelo SUS são ineficazes ao tratamento médico de doença da qual é o autor acometido - ônus que lhe compete -, indefere-se pedido lançado nos autos da ação cominatória.

Necessário, ainda, transcrever deste julgado que:

Aliás, em profunda análise sobre o tema, o eg. Supremo Tribunal Federal, na apreciação da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 (STA 175 - AgR/CE), após realização de Audiência Pública, com a participação de diversos e importantes setores da sociedade, concluiu, categoricamente, que não de serem analisados os fundamentos com base nos quais a Administração Pública nega-se ao fornecimento do medicamento, se por simples omissão legislativa ou administrativa, se por definição de política pública quanto ao não fornecimento do fármaco ou se por expressa vedação legal.

E do voto condutor, proferido pelo então em. Ministro Gilmar Mendes, colhe-se, dentre outras, importante conclusão, qual seja: ser vedado o fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), na forma, ademais, de expressa previsão contida nos arts. 12, 16 e 19 da Lei Federal nº 6360/1976, fora da excepcional hipótese estabelecida na Lei Federal nº 9782/1999 (aquisição de medicamentos por intermédio de Organismos Multilaterais Internacionais, para uso de programa em saúde pública pelo Ministério da Saúde).

(...)

Ora, o registro do medicamento na ANVISA objetiva, justamente, conferir garantias à saúde pública, justamente porque tem como objetivo, dentre outros, atestar a segurança e o benefício do produto.

'In casu', a situação é semelhante, pois a nota técnica de fls. 73/78 noticia que o medicamento lenalidomida não possui registro de autorização junto à ANVISA, de resto impedida sua comercialização no país.

Pelo exposto, DENEGO A SEGURANÇA.

Isento de custas e indevidos honorários na espécie.

A SR.^a DES.^a ÁUREA BRASIL:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por LILIAM MARIA DE ASSIS FREITAS, contra ato do SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pretendendo a obtenção do medicamento Lenalidomida (Revlomid).

O i. Relator está concedendo a segurança.

Peço vênia a Sua Excelência para acompanhar a divergência instaurada pelo Des. Leite Praça.

A princípio, registro que tenho me posicionado em casos semelhantes pela inadequação da via mandamental para os pedidos referentes a medicamentos, por entender que a matéria, no mais das vezes, necessita de dilação probatória.

Estabelecem os arts. 196 e 197 da Constituição da República:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A Carta Constitucional assegurou, assim, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, determinando, lado outro, que caberá ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação.

A Lei 8.080, de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, prevê, em seu art. 6º, dentre as competências do SUS, a formulação da política de medicamentos.

Para os pacientes portadores de câncer, foi instituído tratamento gratuito e específico através dos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs), criados pelo SUS através da Portaria n. 3.535/GM, de 02.09.98, e reorganizados pela portaria n. 2.439/GM, de 08/12/2005, do Ministério da Saúde,

que estabeleceu a Política Nacional de Atenção Oncológica. Determina-se, em repartição de competências, ao governo federal financiar o tratamento do câncer e aos Estados e Municípios estabelecerem os fluxos e referências para atendimento aos pacientes.

Por força dessa política de saúde específica, há o credenciamento de diversos hospitais, públicos ou filantrópicos, onde estão localizados tais CACON's e aos quais cabe prestar assistência integral aos pacientes portadores de câncer, incluindo o fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento desses pacientes.

O primeiro ponto que se ressalta, na espécie, consoante destacado no voto condutor da divergência, é que não comprova, a impetrante, que se encontra submetida a tratamento perante o serviço público organizado para tanto (CACON).

Ora, não se olvida que, para atender a postulações de drogas específicas, não padronizadas, em favor de cada indivíduo integrante da sociedade, o Estado teria que dispor de orçamento ilimitado para tanto - o que, como se sabe, não ocorre.

Finito o orçamento, certo é que, nos termos da Constituição da República, ao Poder Público cabe dispor, através de leis, sobre a política de saúde, com vistas a garantir o acesso universal e igualitário daqueles que necessitem.

Não seria razoável exigir-se, da Administração Pública - que se organiza, com vistas a cumprir o comando constitucional, padronizando procedimentos e estabelecendo protocolo de tratamentos para alcance universal e igualitário dos serviços de saúde -, que venha a prestar, individual e especificamente, a medicação prescrita por médico particular a seu paciente, sem que esta tenha sido selecionada no protocolo de tratamento do setor público.

Para a concretização do direito à saúde, o Poder Público deve agir seletiva e distributivamente, buscando a universalização deste serviço. Por isso, a determinação, pelo Poder Judiciário, de fornecimento de droga prescrita por médico particular, de alto custo, não padronizada, constituiria ingerência indevida na esfera de competência do Poder Executivo, na política de distribuição da saúde à coletividade. E acabaria por inviabilizar a universalização das ações de saúde.

Nesse sentido, cita-se aresto desta Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO UTILIZADO EM SESSÕES DE QUIMIOTERAPIA - MABTHERA (RITUXIMABE) -

TRATAMENTO DE CÂNCER - ESTABELECIMENTO DE CENTROS DE ONCOLOGIA PELO SUS - INSTITUIÇÕES RESPONSÁVEIS POR ADMINISTRAR A TERAPÊUTICA DO PACIENTE - POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DO FÁRMACO, DESDE QUE O PACIENTE ESTEJA INTERNADO E O HOSPITAL RESPONSÁVEL POR SEU TRATAMENTO OPTE POR MINISTRÁ-LO - IMPOSSIBILIDADE DE FORNECÊ-LO DIRETAMENTE AO IMPETRANTE - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM DENEGADA. - Como tantas vezes já ficou consignado, o SUS tem sua estrutura descentralizada para melhor atendimento do cidadão. Assim, não podem as pessoas políticas que compõem o sistema eximir-se de cumprir as obrigações que lhe forem impostas sob o simples argumento de não lhe competir determinada tarefa - fornecimento de medicamentos, internação, tratamento fora de domicílio etc. - O SUS não exclui a possibilidade de fornecer medicamentos de elevado custo para tratamento do câncer. Porém, somente o fará em regime de internação hospitalar, em instituições credenciadas como Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON -, como define a Portaria MS/GM nº 2439/2005. Posto isto, não representa violação a direito líquido e certo a recusa em fornecer diretamente ao paciente os medicamentos desta natureza. (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.459381-5/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR: DES. WANDER MAROTTA - DJMG 20/02/2008).

No voto condutor do acórdão, consigna o eminente Desembargador relator Wander Marotta:

É necessário consignar que casos como o sub judice exigem o máximo de cautela por parte do Judiciário. Como se sabe, nestas condições, a concessão da segurança representa verdadeira ingerência de um Poder sobre outro, em utilização de prerrogativa que requer razoabilidade.

Não se questiona a obrigação do Estado em assegurar assistência à saúde do cidadão, mas tal garantia não implica a prevalência da vontade deste em relação às possibilidades e limitações próprias ao Estado e, logo, à Administração. Não há direito absoluto e, em razão da supremacia do interesse coletivo, bem como dos princípios previstos no art. 37 da CF, conclui-se que ao administrador cabe gerir com probidade os recursos públicos, distribuindo os serviços e funções de maneira a facilitar a fiscalização e, assim, reduzir os gastos.

Como se não bastasse, no caso dos autos há uma particularidade que não pode ser olvidada e que, a meu ver, impede a concessão da medida: o medicamento solicitado - Lenalidomida - sequer é registrado perante a ANVISA, o que impede sua comercialização no país.

Dessa forma, patente a ausência de ilegalidade do ato combatido, porquanto, ao negar o fornecimento do fármaco, subsume-se às normas da Lei Federal n. 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos.

Pertinente ressaltar, a respeito, direcionamento traçado pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido por seu Órgão Pleno, de relatoria do Min. Gilmar Mendes (SL - AgR 47), onde se afirmou ser "vedado, à Administração Pública, fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA". Assentou-se ainda não se tratar de regra absoluta: "em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA". No entanto, ponderou-se:

(...) independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. (Destques meus e do original).

Portanto, ainda que se admita a possibilidade de dispensa desse registro em casos excepcionais, será necessário, para tanto, uma autorização prévia da ANVISA, que demandará um procedimento interno no qual se ateste a segurança do tratamento e a ausência de similares no mercado, o que não ocorreu na espécie. A questão, assim, não pode ser examinada na via estreita do mandado de segurança, que sequer comporta dilação probatória.

Além da ausência de comprovação do direito líquido e certo da impetrante à obtenção do medicamento Lenalidomida, tampouco restou configurada a ilegalidade do ato do Sr. Secretário de Saúde, que está em consonância com os ditames da Lei Federal n. 6.360/76.

Ante o exposto, DENEGO A SEGURANÇA.

O SR. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS:

VOTO

Peço redobradas vênias ao i. Des. Relator para apresentar esta divergência.

Não se nega, em momento algum, que a CF garante a todos, indistintamente, o pleno acesso à saúde, de modo que ao usuário do SUS - Sistema Único de Saúde é garantido o atendimento que possibilite o seu tratamento de forma adequada e integral.

Isso, contudo, não significa que seja possível obrigar-se o Estado (*latu sensu*), a praticar autêntico descaminho, ou, mesmo, a promover a comercialização de um medicamento sem registro na ANVISA.

Nesse sentido a orientação do i. Min. Gilmar Mendes, do excelso Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da SS3989/PI, em 07/04/2010:

(...) Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é veado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que "nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde". O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe.

O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos.

Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto

assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação."

No caso, o fármaco pretendido pela impetrante não tem registro na ANVISA, o que significa que não pode ser comercializado em nosso País, donde se conclui ser impossível o acatamento da pretensão inaugural.

Nesse sentido, tenha-se da jurisprudência deste TJMG os seguintes precedentes:

"AÇÃO ORDINÁRIA - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO PELO ESTADO DE MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA - IMPOSSIBILIDADE. A saúde é direito de todos e dever do Estado, além de configurar-se como um dos fundamentos da Constituição da República. Entretanto, se o medicamento indicado pelo médico do autor não possui registro na ANVISA, não há como exigir-se que o Estado o forneça, vez que proibida a sua comercialização." (AC nº 1.0024.06.216017-1/003, Comarca de Belo Horizonte, 1ª CC., Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 11/11/2008).

"MANDADO DE SEGURANÇA - MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NA ANVISA - ILEGALIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO. Embora o Estado de Minas Gerais deva fornecer medicamento necessário ao tratamento de saúde de cidadão, portador do vírus HIV, da respectiva enfermidade, bem como de grade doença oportunista, não está patente o direito líquido e certo do mesmo, a ser amparado via mandado de segurança, em função da impossibilidade de comercialização do medicamento pleiteado, tendo em vista a ausência de registro do mesmo junto a ANVISA." (MS nº 1.0000.03.400524-9/000, Comarca de Belo Horizonte, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. 18/08/2004).

"SUS - FORNECIMENTO PELO ESTADO DE MEDICAMENTO IMPORTADO - AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA - IMPOSSIBILIDADE. Não se recomenda o deferimento de pedido de medicamentos não aprovados na ANVISA - Conclusão aprovada, por maioria no 1º Curso do Fórum Permanente de Direito à Saúde, realizado no dia 9 de agosto de 2010 neste Tribunal. Se o medicamento indicado pelo médico do agravante não possui registro na ANVISA, não há como exigir que o

Estado o forneça, já que proibida a sua comercialização." (AC nº 1.0145.09.567017-3/002, Comarca de Juiz de Fora, 7ª CC., Rel. Des. Wander Marotta, j. 25/01/2011).

Diante do exposto, com as vênias permitidas daqueles que assim não entendem, DENEGO A SEGURANÇA.

Custas, ex lege.

Sem honorários, na forma da atual lei do mandado de segurança.

O SR. DES. MANUEL SARAMAGO:

Peço vista dos autos.

O SR. DES. EDILSON FERNANDES:

Sr. Presidente, pela ordem.

Peço vênias a V. Exª para antecipar o meu voto.

VOTO

Conforme ressaltado pelo ilustre Desembargador Relator, a paciente esta acometida por grave doença tumoral e utilizou anteriormente outras opções terapêuticas sem êxito em seu tratamento de saúde.

Nesse contexto, o fármaco solicitado é de vital importância para o controle de sua enfermidade, não existindo prova robusta capaz de desfazer as afirmações do médico que a acompanha no sentido de necessidade da medicação.

A controvérsia relacionada ao registro do remédio perante a ANVISA para posterior viabilidade de sua concessão a cargo do Poder Público já foi matéria apreciada pela colenda Sexta Câmara Cível, no julgamento do agravo de instrumento nº 1.0456.10.001870-8/001, da relatoria da eminente Desembargadora SANDRA FONSECA (j. 08.02.2010).

Naquela oportunidade, se discutiu exatamente a possibilidade de concessão do fármaco ora pleiteado (Lenalidomida), sendo ressaltado, pelo próprio Poder Público, que a droga já se encontrava registrada por agências regulamentadoras americanas e européias.

A propósito, confira a nota técnica emitida pela Secretaria Estadual de Saúde:

"A lenalidomida está indicada pelas agências reguladoras de medicamentos dos Estados Unidos e da União Européia, a saber, respectivamente, Food and Drug Administration (FDA) e European Medicines Agency (EMA), no tratamento da

síndrome mielodisplásica (SMD) associada a uma mutação genética específica (deleção da parte q do cromossomo 5), com um risco baixo a intermediário de progressão para leucemia ou morte e no tratamento do mieloma múltiplo, em associação com o fármaco dexametasona para pacientes que já tenham recebido pelo menos um tratamento anterior" (ff. 86/87, cit. autos).

Importante registrar que o Poder Público, no julgamento do mencionado agravo de instrumento, não corroborou a impossibilidade de aquisição do fármaco em virtude da ausência de seu registro perante a ANVISA, apenas registrando a necessidade de uma autorização especial para sua importação, ressaltando:

"O medicamento lenalidomida não possui registro de autorização junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), logo não possui autorização para comercialização no país. Trata-se, portanto, de um medicamento importado, e para que ocorra a aquisição do mesmo é necessária a solicitação de uma autorização especial da ANVISA, o que demanda o cumprimento de prazos legais e se torna um processo relativamente demorado" (f. 87, cit. autos).

Em síntese, o caso concreto não possibilita a recusa de fornecimento da droga pela autoridade dita coatora, uma vez que seus setores especializados já reconhecerem a eficácia da medicação no tratamento de doenças cancerígenas, bem como a possibilidade de sua importação, ainda que para isso seja necessária uma autorização especial da ANVISA.

Com tais considerações, acompanhando o eminente Desembargador Relator, **CONCEDO A SEGURANÇA.**

O SR. DES. ELIAS CAMILO:

Sr. Presidente, pela ordem.

Também gostaria de antecipar o meu voto, data venia.

VOTO

- Mérito:

No mérito, primeiramente, urge ressaltar que o mandado de segurança é remédio constitucional de natureza extraordinário, destinado, unicamente, à defesa de "direito líquido e certo (...) quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (artigo 5º, LXIX, da Constituição da República).

Sobre o que seria direito líquido e certo, assim discorre o mestre Hely Lopes Meirelles:

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança" (Mandado de Segurança, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 34-35).

Conclui-se, do acima transcrito, que apenas aqueles direitos plenamente verificáveis sem a necessidade de qualquer dilação probatória, é que ensejam a impetração do mandado de segurança, não se admitindo, para tanto, os direitos de existência duvidosa ou decorrentes de fatos ainda não determinados.

Na hipótese, pretende a impetrante o fornecimento do medicamento LENALIDOMIDA (REVLIMID (r)), para tratamento da Mieloma Múltiplo, conforme receituário médico (fls. 28) e relatório médico (fl.32) emitidos Pelo médico Evandro Maranhão Fagundes CRM 21211.

Fato é que, não obstante o relatório médico que prescreve o medicamento pleiteado para o tratamento de saúde da impetrante, com a devida vênia, não há que se falar em direito líquido e certo ao seu fornecimento pelo Poder Público.

Registre-se que não se olvida da extrema relevância do direito à saúde, bem assim, da obrigação constitucional dos entes públicos em garanti-lo.

Ora, o direito à saúde, que é da categoria dos direitos de segunda geração, impõe ao Estado um dever de prestação positiva, sendo imprescindível a sua concretização, dado o seu relevante significado social e valor constitucional inolvidável, qualificando-se como direito fundamental da pessoa humana. Tratando-se de direitos sociais fundamentais, ao Estado compete o encargo de sua efetivação, em regra, através do adimplemento de prestações positivas, por meio da

tomada de providências satisfatórias, sob pena de violação do texto constitucional, por descumprimento total - inércia absoluta - ou parcial - adoção de medida insuficiente.

No caso em espeque, não vislumbro plausibilidade do alegado direito líquido e certo da impetrante, porquanto, conforme afirmado na inicial do presente writ, asseverado na Nota Técnica AT/SES nº 3394/2010 acostada às fls.73-78, elaborada pela Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado da Saúde, o LENALIDOMIDA (REVLIMID (r)), solicitado não é aprovado pela ANVISA. Referida Nota Técnica ainda estabelece:

"Cabe ressaltar que o medicamento lenalidomida não possui registro de autorização junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), logo não possui autorização para comercialização no país. Trata-se, portanto, de um medicamento importado, não disponível para comércio em farmácias e drogarias no país e para que ocorra a aquisição do mesmo é necessária a solicitação de uma autorização especial da ANVISA, o que demanda o cumprimento de prazos legais e se torna um processo relativamente demorado" (fl. 74) não possuindo, via de consequência, registro no Ministério da Saúde, razão pela qual, sem esse registro, necessário para a sua comercialização no país, não há possibilidade de deferimento da pretensão.

Nesse sentido:

"FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FÁRMACO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE. Diante da vedação contida no art. 12 da Lei n.º 6.360/76 de que "Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde", torna-se inviável a imposição ao Poder Público o fornecimento de fármaco não registrado na ANVISA. Recurso provido." (TJMG, Apelação Cível n. 1.0349.09.024864-3/001, Rel. Des. Vieira de Brito, 8ª Câmara Cível, publ. 09.09.2010).

É de sabença geral a finitude de recursos do Estado brasileiro, recomendando-se, diante disso, a máxima cautela em demandas desse jaez, a fim de que não haja indevida intervenção judicial na política de concessão de medicamentos não registrados junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA -.

Por tudo quanto exposto, na hipótese, não comprovado, de plano, o direito líquido e certo para a impetração do mandamus, deve ser denegada a segurança.

Com tais considerações, denego a segurança.

Condeno a impetrante nas custas processuais, suspendendo a exigibilidade da verba, em face dos benefícios da assistência judiciária.

Sem honorários, por força do comando da Súmula n. 512 do STF.

SÚMULA: PEDIU VISTA O DES. MANUEL SARAMAGO, APÓS VOTAREM DENEGANDO A SEGURANÇA OS DES. BARROS LEVENHAGEN, ÁUREA BRASIL E EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS. EM ADIANTAMENTO DE VOTO, CONCEDEU A SEGURANÇA O DES. EDILSON FERNANDES E O DES. ELIAS CAMILO DENEGOU-A.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. PRESIDENTE (DES. MANUEL SARAMAGO):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 16-03-2011, a pedido do 1º Vogal, após votarem o Relator, concedendo a ordem, e, em adiantamento de voto, o Des. André Leite Praça, denegando-a, e o Des. Maurício Barros, concedendo-a.

Foi novamente adiado na Sessão do dia 18-05-2011 a meu pedido, após votarem os Des. Barros Levenhagen, Áurea Brasil e Edivaldo George dos Santos e Elias Camilo denegando a segurança e os Des. Edilson Fernandes concedendo-a.

Meu voto é o seguinte:

Concedo a segurança.

SÚMULA: DENEGARAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

APÊNDICE B – PESQUISA JURISPRUDENCIAL

1º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

1 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0066216-57.2010.8.13.0000, Relator: Des. Afrânio Vilela, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 set 2010.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - AUSÊNCIA - DILAÇÃO PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - SEGURANÇA DENEGADA. Ausente prova da hipossuficiência financeira do impetrante que pretende o fornecimento de medicamento de custo não elevado, não está demonstrada a ofensa a direito líquido e certo, razão pela qual denega-se a segurança.

2 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0440411-37.2010.8.13.0000, Relator: Des. Alberto Vilas Boas, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 20 mai 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ZYPREXA (OLANZAPINA). CONTROLE DE TRANSTORNO BIPOLAR. ORDEM CONCEDIDA. - Se a impetrante fez uso de todas as alternativas disponíveis no SUS para o tratamento do transtorno bipolar e não obteve êxito, não lhe deve ser negada a possibilidade de utilizar a 'Olanzapina', se o médico que a assiste recomenda e atesta os efeitos benéficos que medicação gerou na espécie em exame.

3 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0728867-76.2010.8.13.0000, Relator: Des. Armando Freire, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 15 jul 2011.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA FORNECIMENTO POR MEIO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE - IMPOSSIBILIDADE - LIMITES À COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO - RECURSO

PROVIDO EM PARTE. A competência do Município para o fornecimento gratuito de medicamentos não é ampla e irrestrita, de modo a abranger remédios excepcionais, de alta complexidade, não constantes da lista da Farmácia Popular Básica, os quais deverão ser fornecidos pelo Estado de Minas Gerais.

4 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0197896-68.2010.8.13.0000, Relator: Des. Brandão Teixeira, Relator do acórdão: Des. Eduardo Andrade. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 4 fev 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR - HIPÓTESE 'SUI GENERIS' - SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO - INVIABILIDADE - SEGURANÇA CONCEDIDA. - Ressalvado entendimento manifestado em pedidos do mesmo jaez no sentido de que a repartição de atribuições do SUS deve ser observada por não ser razoável que um ente responda pelas atribuições do outro, sem qualquer previsão orçamentária para tanto, no caso específico dos autos, atenta contra a razoabilidade interromper o TRATAMENTO que já está em curso por simples apego às atribuições dos entes federados no SUS.- Segurança concedida.

5 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0751023-58.2010.8.13.0000, Relator: Des. Caetano Levi Lopes, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 20 mai 2011.

EMENTA: Ação originária de mandado de segurança. Legitimidade passiva e interesse de agir presentes. Fornecimento de medicamento. Direito à saúde. Dever do Estado 'lato sensu' em fornecer medicamento. Negativa. Direito líquido e certo lesado. Segurança concedida. 1. A legitimidade 'ad causam' decorre do envolvimento no conflito de interesses. A resistência do impetrado à pretensão da impetrante patenteia existir conflito. 2. O interesse de agir consiste na imprescindibilidade de o autor vir a juízo para que o Estado decida a controvérsia existente entre as partes e, ainda, na utilidade que o provimento jurisdicional poderá proporcionar a elas. 3. Todos têm direito à preservação e à recuperação da saúde como consequência lógica do princípio da dignidade humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição da República. 4. O direito à saúde tem como contrapartida o dever do Estado em fornecer meios para a sua plena realização e envolve, inclusive, fornecimento de remédio, se houver prescrição médica para tanto e o paciente for

hipossuficiente financeiro. 5. Comprovada a necessidade do medicamento, deve o executor do Sistema Único de Saúde - SUS adotar providências para efetivar o seu fornecimento. Todavia, deve a impetrante exibir receita médica periodicamente atualizada. 6. Segurança concedida com determinação, rejeitada uma preliminar.

6 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5017232-88.2009.8.13.0000, Relator: Des. Carreira Machado, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 26 mar 2010.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - O art. 198 da Constituição da República estabelece que as ações e os serviços públicos de SAÚDE integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, e regido pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento e da igualdade na obtenção dos benefícios, inclusos os medicamentos necessários ao TRATAMENTO médico.

7 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 4874554-37.2008.8.13.0145, Relator: Des. Eduardo Andrade, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 18 mar 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO EXCEPCIONAL E QUE NÃO FAZ PARTE DA FARMÁCIA BÁSICA - RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO - AUSÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. - Se os recursos públicos são escassos, principalmente os municipais, devem ser harmonizados para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais. Portanto, o particular deverá reclamar do Município aqueles medicamentos incluídos na Farmácia Básica e do Estado os medicamentos excepcionais, assim definidos através de Portaria expedida pelo Ministério da Saúde, não se afigurando razoável que um ente responda pelas atribuições do outro, sem qualquer previsão orçamentária para tanto.

8 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0736495-19.2010.8.13.0000, Relator: Des. Geraldo Augusto, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 20 jul 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO À SAÚDE - PACIENTE IDOSA PORTADORA DE ADENOCARCINOMA DE CÓLON - BEVACIZUMABE - NECESSIDADE URGENTE DO MEDICAMENTO PRESCRITO - TRATAMENTO INICIADO - HIPOSSUFICIÊNCIA - ESTADO-MEMBRO - NEGATIVA - ILEGALIDADE - DIREITO CONSTITUCIONAL ASSEGURADO. Evidenciando-se que a impetrante, pessoa idosa portadora de grave enfermidade, já se encontra em uso de MEDICAMENTO não disponibilizado no âmbito dos CACON's, e indicado por médica especialista, com satisfatória resposta terapêutica, temerária a interrupção do fornecimento do fármaco e do próprio TRATAMENTO. Tal entendimento/conclusão reforça a necessidade e legalidade do atendimento da pretensão em defesa do direito da impetrante, com a manutenção da liminar e concessão da segurança, em definitivo, garantindo-se a eficácia do direito maior à SAÚDE, que consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

9 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0725027-58.2010.8.13.0000, Relator: Des. Roney Oliveira, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 jun 2011.

EMENTA: Mandado de segurança. Fornecimento de Medicamento. Saúde. Direito Constitucionalmente garantido. Arts. 6º e 196, da Carta Magna. Dever do Estado. Ordem concedida.

10 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0069309-91.2011.8.13.0000, Relatora: Des. Hilda Teixeira da Costa, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 29 jul 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - TRATAMENTO DE CÂNCER - ILEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS - DIREITO À SAÚDE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - CONCEDIDA A SEGURANÇA. - A existência de Portaria do Ministério da Saúde (MS/GM 2.439/05) dispondo que a assistência e o tratamento dos doentes com diagnóstico de câncer serão prestados pelos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON's), não afasta a legitimidade do Estado de Minas Gerais para conceder o medicamento pleiteado; - O texto constitucional, em seu art. 23, II, dispõe ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência"; - 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; - O Poder Público não pode se eximir da sua obrigação de assistência à saúde dos necessitados, posto que tal entendimento acabaria por delimitar um direito universal dos indivíduos, restringindo o tratamento médico prescrito, o que acabaria por ver desrespeitados os preceitos constitucionais da garantia do direito à saúde, e da dignidade humana.

11 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0235688-56.2010.8.13.0000, Relatora: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 25 fev 2011.

EMENTA: DIREITO À SAÚDE - INFLIXIMABE - DOENÇA DO IMPETRANTE - 'PSORÍASE GRAVE EXTERNA' COM ARTRITE PSORIÁTICA - ANTERIOR DISPONIBILIZAÇÃO APENAS PARA ARTRITE REUMATÓIDE - NOTA TÉCNICA INFORMANDO ATUAL DISPONIBILIZAÇÃO PARA ARTRITE PSORIÁTICA - RECUSA COMPROVADA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Se a Nota Técnica apresentada pelo Estado demonstra que atualmente o MEDICAMENTO infliximabe é fornecido para a doença do impetrante, qual seja a 'Psoríase Grave Externa' com artrite psoriática, mediante requerimento administrativo, o que ocorre desde 01/03/2010, sendo antes disponibilizado apenas para o TRATAMENTO de artrite reumatóide e havendo prova de sua recusa em fornecer o fármaco na data de 02/03/2010, deve ser concedida a segurança, em face da demonstração do direito líquido e certo.

2º GRUPO DE CAMARAS CÍVEIS

12 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0220114-23.2008.8.13.0142, Relator: Des. Albergaria Costa, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 31 out 2010.

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXAME DE RAIOS X. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PRETENSÃO RESISTIDA. URGÊNCIA. RESERVA DO POSSÍVEL. Seja pela

observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não está o Poder Público obrigado a fornecer todo e qualquer exame médico indicado pela parte. Em reexame, conhecido de ofício, reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos. Recurso de apelação prejudicado.

13 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0496553-61.2010.8.13.0000, Relator: Des. Almeida Melo, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 22 jun 2011.

EMENTA: Mandado de segurança. Serviços do SUS. Fornecimento de medicamento pelo Estado. Paciente necessitado (menor). O Estado deve assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde, porque decorrente de preceitos rígidos da Constituição Federal. Demonstrada a necessidade de uso de medicamento, impõe-se ao ente público o custeio do tratamento indicado, porque é imperiosa a preservação da vida. Concedida a segurança.

14 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0235159-37.2010.8.13.0000, Relator: Des. Audebert Delage, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 26 nov 2010.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO CONSTITUCIONAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONFIGURAÇÃO - PEDIDO CONSISTENTE EM MEDIDA PROTETIVA À SAÚDE - DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO POR NORMA DE EFICÁCIA IMEDIATA.

15 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0697481 - 28.2010.8.13.0000, Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes, Relator do Acórdão: Des. Dídimo Inocêncio de Paula, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 26 ago 2011.

EMENTA: Mandado de Segurança - Prova do Direito Líquido e Certo - Direito à Saúde - Fornecimento de Composto Alimentar - Intolerância ao Leite de Vaca - Direito Fundamental. - O mandado de segurança é cabível para a proteção de direito

líquido e certo não protegido por 'habeas corpus' nem por 'habeas data', em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, nos termos do art. 5º, inc. LXIX, da CR/88. - O direito líquido e certo resta claro à medida que compete ao Estado garantir a realização de todos os procedimentos necessários para assegurar a qualidade de vida e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. - O direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988, não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento.

16 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5027504-44.2009.8.13.0000, Relator: Des. Dídimio Inocêncio de Paula, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 12 nov 2010.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA. A Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) somente deve ser compelida a atender as demandas afetas ao direito à saúde, tal como o fornecimento de medicamentos não previstos na política pública implementada pelo Ministério da Saúde através do SUS, se no caso concreto restar demonstrado que o administrado não tem condições financeiras de suportar os custos do medicamento que comprovadamente necessita. Denegada a segurança.

17 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0479617-58.2010.8.13.0000, Relator: Des. Elias Camilo, Relatora do acórdão: Desa. Heloisa Combat, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 9 set 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES - SECRETÁRIO ESTADUAL E SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DIREITO À SAÚDE - NECESSIDADE COMPROVADA - DOENÇAS GRAVES - OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. -No que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e a da União (arts. 196 e 198 da CF), visto que o SUS está alicerçado no princípio da cogestão. - Demonstrada a necessidade de determinada prestação, por recomendação médica, para a prevenção, controle ou cura de moléstia, a demanda

deve ser satisfeita, como meio de tornar efetiva a garantia do direito à saúde, à vida, ao bem-estar físico, psicológico e mental e à dignidade da pessoa humana. - Ademais, quando a saúde de um indivíduo está se deteriorando, à espera do tratamento adequado, não se pode exigir que experimente previamente as alternativas terapêuticas dispensadas pelo ente público, e aguarde a prova de sua ineficácia ou falta de adaptação. - Preliminares rejeitadas e segurança concedida.

18 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Recurso de Ofício em Mandado de Segurança nº 0008783-35.2010.8.13.0408, Relator: Des. Judimar Biber, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 23 set 2011.

EMENTA: RECURSO DE OFÍCIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - RECUSA - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. O direito do cidadão em obter medicamento compatível com a necessidade curativa integral de sua moléstia não está condicionado às normas de dispensação pública que quaisquer entes da federação possam declinar, mas trata-se de direito subjetivo público cuja satisfação não sucumbe diante das possibilidades orçamentárias, mormente quando se trate de obrigação solidária, passível de transposição aos demais, de modo que a tutela sustentado na norma constitucional e infraconstitucional, impõe o dever de satisfação que se agrega ao direito à vida e que só pode ser salvaguardada pelo Poder Judiciário, que deve devolver ao cidadão, como credor da garantia constitucional, o seu lúdimo direito, impondo à Administração o dever de respeitar o ordenamento jurídico como único meio legítimo de concepção do Estado moderno. Não provido.

19 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0287663-20.2010.8.13.0000, Relator: Des. Kildare Carvalho, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 20 mai 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO À SAÚDE - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DEVER DO ESTADO - SEGURANÇA CONCEDIDA. Dispõe o art.196 da Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco à doença e outros agravos. O fato de o medicamento não fazer parte das especialidades disponíveis pela rotina do SUS não

exime o Estado de fornecê-lo ao usuário que não dispõe de recursos para custeá-lo e necessita urgentemente do tratamento. Segurança concedida.

20 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5047536-70.2009.8.13.0000, Relator: Des. Moreira Diniz, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 30 mar 2010.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - MEDICAMENTO - FORNECIMENTO GRATUITO PELO ESTADO - RECUSA ADMINISTRATIVA - PRECEITO CONSTITUCIONAL - OFENSA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - VIOLAÇÃO - SEGURANÇA CONCEDIDA. - O Poder Público incide em violação de preceito Constitucional, que assegura ao cidadão que demonstre dele necessitar, atendimento adequado para preservação da saúde e da vida, quando se recusa, na esfera administrativa, a fornecer, gratuitamente, medicamento prescrito pelos médicos que atendem à impetrante.

21 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0235591-56.2010.8.13.0000, Relator: Des. Silas Vieira, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 22 mar 2011.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SUS - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - PACIENTE ACOMETIDO DE CÂNCER - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL - PESSOA DETERMINADA - INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS - ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA.- O Ministério Público detém, de forma excepcional, legitimidade para propor ação civil pública que objetive, unicamente, o resguardo de direito de determinado cidadão, apenas quando se tratar de idoso, criança ou adolescente.- É atribuição constitucional da defensoria pública atuar na defesa de direitos e interesses de pessoas maiores, capazes e que não disponham de recursos financeiros.

22 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0115187-73.2010.8.13.0000, Relatora: Desa. Heloisa Combat, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 28 jan 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE ASMA CRÔNICA. NECESSIDADE COMPROVADA DE PLANO. ASSISTÊNCIA INTEGRAL. PROVA DA MOLÉSTIA E DA CORRELAÇÃO COM OS FÁRMACOS INDICADOS. SEGURANÇA CONCEDIDA. - No que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e a da União. - A Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de oferecer atendimento integral à saúde, devendo atender às necessidades individuais do cidadão de acordo com as peculiaridades de cada caso, envidando todos os esforços possíveis para preservar a saúde e a vida, que devem ser privilegiados quando se encontram sob risco de perecimento.- Registre-se que, quando a saúde de um indivíduo está se deteriorando, à espera do tratamento adequado, não se pode aguardar a excessiva burocracia administrativa no fornecimento de medicamentos e insumos. Por certo que deve haver controle, mas, antes de tudo, deve prevalecer o bom senso, aplicando-se a razoabilidade ao caso concreto.- Demonstrada, através de laudo médico a necessidade de submissão a tratamento com determinado fármaco, não fornecido pelo Estado (lato sensu), deve ser promovido pelo impetrado o acesso ao serviço solicitado. - Preliminares rejeitadas.- Ordem concedida.

3º GRUPO DE CAMARAS CÍVEIS

23 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0639897-03.2010.8.13.0000, Relator: Des. Antônio Sérvulo, Relator do acórdão: Des. Leite Praça, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 15 jul 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. - Em conformidade com o entendimento do colendo STF, não se pode forçar o Estado a fornecer medicamento sem registro na ANVISA.

24 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0362441-58.2010.8.13.0000, Relator: Des. Barros Levenhagem, Relator do acórdão: Des. Sandra Fonseca, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 15 jul 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - TUTELA CONSTITUCIONAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INSUMO INDISPENSÁVEL À MANUTENÇÃO DA CRIANÇA - PREGOMIN - EFICÁCIA - DEMONSTRAÇÃO. 1-O mandado de segurança não pode ser excluído em matéria de medicamento, porque o remédio heróico é utilizado não somente em questão de direito, como também em matéria fática, ainda que complexa. 2-O atestado médico, ainda que particular, goza de idoneidade, se não afastada por fato concreto nos autos. 3 -Demonstrada a imprescindibilidade e eficácia da dieta prescrita e atestado o insucesso de tratamentos anteriores, imperioso o respectivo fornecimento pelo Estado, sob pena de violação ao art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

25 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0190568-53.2011.8.13.0000, Relator: Des. Edilson Fernandes, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 26 ago 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - MEDICAMENTO - NEOPLASIA MALIGNA - EFICÁCIA COMPROVADA - GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE DOS CIDADÃOS NECESSITADOS - DEVER DO ESTADO - DIREITO RESGUARDADO - CONCESSÃO DA SEGURANÇA. A própria nota técnica do ente público, que demonstra a eficácia da medicação para a cura da enferma, evidencia os requisitos aptos à concessão da segurança, situação que torna imperioso o deferimento da pretensão vestibular.

26 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0387380-05.2010.8.13.0000, Relator: Des. Edivaldo George dos Santos, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 16 jun 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - NEOCATE - CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. Omitindo-se o Estado ("lato sensu") a fornecer o suplemento alimentar (fórmula de aminoácidos-neocate) ao cidadão, patente o direito líquido e certo deste a ser amparado via mandado de segurança.

27 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0315280-18.2011.8.13.0000, Relator: Des. Leite Praça, Relator do acórdão: Des. Edivaldo George dos Santos, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 23 set 2011.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - ALEGADA AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - MATÉRIA DE MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO LIMINAR DA AÇÃO - VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 12.016/09 - PRECEDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO PROVIDO. O indeferimento da petição inicial do mandado de segurança não pode se fundar em razões de mérito, devendo haver o regular processamento da ação, com informações da autoridade dita coatora e intervenção do Ministério Público, sob pena de violar o art. 10, da Lei 12.016/09 (precedente do col. STJ - AgRg no Ag. 872747/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 27.09.2007).

28 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0461300-12.2010.8.13.0000, Relator: Des. Manuel Saramago, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 2 set 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - SAÚDE - MEDICAMENTOS - OPÇÃO TERAPÊUTICA - AUSÊNCIA DE PROVA DE INEFICÁCIA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Inexistente prova pré-constituída quanto à ineficácia de medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, bem como estando o impetrante amparado, unicamente, por laudos médicos produzidos por profissional não credenciado do SUS, indefere-se quanto a estes a segurança almejada.

29 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0741123-51.2010.8.13.0000, Relator: Des. Maurício Barros, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 12 ago 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - AUTORIDADE COATORA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - INFORMAÇÕES PRESTADAS - LEGITIMAÇÃO COMPROVADA. SAÚDE - DEVER DO ESTADO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA. 1- No mandado de segurança, se a autoridade apontada coatora efetivamente presta as informações em nome do ente público que representa, demonstrando sua legitimidade passiva,

deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade suscitada pelo Ministério Público. 2- O direito à vida e à saúde são garantias constitucionais e dever do Estado, devendo, portanto, ser assegurado o fornecimento gratuito de medicamentos àqueles que não tem condições financeiras para adquiri-los com recursos próprios.

30 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0512326-49.2010.8.13.0000, Relator: Des. Mauro Soares de Freitas, Relator do acórdão: Des. Antônio Sérvulo, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 22 jul 2011.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDICAMENTO. NECESSIDADE. PROVA INEQUÍVOCA. PRESENÇA. FORNECIMENTO. OBRIGATORIEDADE. O direito à saúde é constitucionalmente consagrado a todos, constituindo-se dever do Estado, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, norma provida de eficácia plena. Demonstra-se a necessidade pela juntada de parecer médico que indica o uso dos fármacos pleiteados, ainda que o laudo não seja subscrito por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde.

31 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0278058-16.2011.8.13.0000, Relatora: Desa. Áurea Brasil, Relator do acórdão: Des. Edilson Fernandes, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 22 jul 2011.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - ALEGADA AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - MATÉRIA DE MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO LIMINAR DA AÇÃO - VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 12.016/09 - PRECEDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO PROVIDO. O indeferimento da petição inicial do mandado de segurança não pode se fundar em razões de mérito, devendo haver o regular processamento da ação, com informações da autoridade dita coatora e intervenção do Ministério Público, sob pena de violar o art. 10, da Lei 12.016/09 (precedente do col. STJ - AgRg no Ag. 872747/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 27.09.2007).

32 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0185719-72.2010.8.13.0000, Relatora: Desa. Maria Elza, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 18 mar 2011.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. ENFERMIDADE GRAVE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA, À SAÚDE, E DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. A saúde consiste em um bem de extrema relevância para a vida e a dignidade humana, enquadrando-se como um dos direitos fundamentais do homem. Assim, cabe ao Poder Judiciário impor ao Estado o cumprimento da sua obrigação de empreender todos os esforços necessários para garantir a efetiva prestação dos serviços de saúde, nos termos do art. 196, Constituição da República.

33 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0395233-31.2011.8.13.0000, Relatora: Desa. Sandra Fonseca, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 30 set 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO GRATUITO DO MEDICAMENTO - JOVEM COM 'DIABETES MELLITUS' TIPO 1 - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CARACTERIZADO - MEDICAMENTO JÁ UTILIZADO - RESULTADO SATISFATÓRIO - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - TUTELA CONSTITUCIONAL - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 - O mandado de segurança não pode ser excluído em matéria de medicamento, porque o remédio heróico é utilizado não somente em questão de direito, como também em matéria fática, ainda que complexa. 2 - Havendo elementos suficientes nos autos sobre a patologia que acomete o impetrante, bem assim sobre a atuação e necessidade do fármaco pleiteado, viável o julgamento do 'mandamus'. 3 - Receita médica, ainda que particular, subscrita pelo profissional que acompanha o paciente, e corroborada pela nota técnica elaborada pela Secretaria de Estado de Saúde, é prova pré-constituída do direito vindicado e dispensa a realização de outras provas. 4 - Demonstrada a imprescindibilidade e eficácia do fármaco 'humalog mix 25%' para tratamento de jovem com diagnóstico de 'diabetes mellitus' tipo 1, aliada à demonstração de que o medicamento já foi utilizado com resultado satisfatório, imperioso o respectivo fornecimento pelo Estado, porquanto configurado o direito líquido e certo, passível de tutela pela via do Mandado de Segurança.

4º GRUPO DE CAMARAS CÍVEIS

34 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0553593-98.2010.8.13.0000, Relator: Des. Belizário de Lacerda, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 6 jun 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ESTADO-MEMBRO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - AUSÊNCIA - DENEGAÇÃO DA ORDEM. - Deve se haver com prudência a decisão que condena o Estado a fornecer medicamento específico e de alto custo a paciente do SUS, pena de vulnerar o princípio de que todos são iguais perante a lei. - Se o Estado em caso que tal comprova que o medicamento não é exclusivo para atacar a falta de higidez do paciente, a questão carece de prova e por isso sua solução não pode ser dada via "mandamus". - A tendência jurisprudencial em matéria pertinente à disponibilização de remédio pelos entes federativos é a de prestigiar a medicação fornecida pelo SUS, e somente em caso especial é que as pessoas jurídicas de direito público internas estão obrigadas a fornecer remédio não encontrado no referido sistema único de saúde.

35 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0459808-82.2010.8.13.0000, Relator: Des. Bitencourt Marcondes, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 14 abr 2011.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DIREITO À SAÚDE - AUSÊNCIA DE PROVA DA INEXISTÊNCIA DE FÁRMACOS FORNECIDOS PELO SUS PARA O TRATAMENTO DA MOLÉSTIA - TUTELA INDEFERIDA. I - Ausente a demonstração da inexistência de outros fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da moléstia da qual a agravada é portador, indevida, a primeira vista, a concessão da tutela específica requerida.

36 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0120553-89.2008.8.13.0024, Relator: Des. Edgard Penna Amorim, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 10 ago 2010.

EMENTA: CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RÉCEM-NASCIDO - REQUISIÇÃO SUBSCRITA POR MÉDICO PARTICULAR - PROVA PRÉ-

CONSTITUÍDA - AUSÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 368, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DENEGAÇÃO DA ORDEM - MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - PERDA DO OBJETO - LEGITIMIDADE PASSIVA - PRELIMINARES REJEITADAS. 1 - O mandado de segurança não é a via apropriada para a demonstração da ilegalidade da recusa do Município em fornecer determinado medicamento ao impetrante, cuja solução demanda ampla dilação probatória não compatível com o conceito de direito líquido e certo. 2 - Em consequência, a instrução do 'mandamus' somente com relatório subscrito por médico particular não configura a prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito da impetrante de obter gratuitamente do Poder Público os medicamentos pretendidos. 3 - Preliminares rejeitadas, sentença reformada, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

37 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2347989-45.2007.8.13.0313, Relator: Des. Elpídio Donizetti, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 27 out 2010.

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA - IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - VÍCIO SANÁVEL - PLANO DE SAÚDE - HOME CARE - CLÁUSULA CONTRATUAL LIMITATIVA DE DIREITO DO CUMSUMIDOR - INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA - OFERECIMENTO DO TRATAMENTO NO REGIME DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR - RECONHECIMENTO DA COBERTURA - DOMICÍLIO DO PACIENTE - CONTINUIDADE DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - ASSISTÊNCIA INTEGRAL DEVIDA. - Em se tratando a ausência de representação processual de vício sanável e tendo a parte juntado o instrumento de mandato antes mesmo de ser intimada para tanto, não há que se falar em não conhecimento do recurso. - Não havendo, no contrato, a clareza exigida pelo CDC na redação de cláusula limitativa do direito do consumidor (art. 54, §4º, do CDC), razoável que a referida cláusula contratual seja interpretada da maneira que lhe for mais favorável. - Verificando-se que o atendimento já estava sendo prestado pelo plano de saúde enquanto mantido o paciente em regime de internação hospitalar, não se justifica a cessação do tratamento unicamente pela concessão da alta pelo médico, devendo os serviços serem prestados no domicílio do paciente. - No momento em que o indivíduo opta pelos serviços de saúde prestados por particular está, justamente, pretendendo a satisfação das suas necessidades por meio dele, em detrimento dos

serviços prestados pelo sistema público que, muitas vezes, é deficitário e insuficiente.

38 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0391796-16.2010.8.13.0000, Relator: Des. Fernando Botelho, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 jun 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES. LEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM'. MENOR. ECA. PRESUNÇÃO ESPECIAL ABSOLUTA. I - Em razão da autonomia federativa, compete a cada esfera de governo, enquanto gestores do Sistema Único de Saúde, o atendimento à saúde e à população, nos termos da Lei nº. 8.080/90, que determina a atuação solidária e de forma descentralizada dos entes federados. - Rejeitar a preliminar. II - Ao menor empresta a lei - o Estatuto da Criança e do Adolescente e a norma especial do SUS, com respaldo da Constituição da República - presunção especial e absoluta, de validade da alegação de necessidade de atendimento, pelo Poder Público, de suplemento alimentar.

39 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0691128-69.2010.8.13.0000, Relator: Des. Peixoto Henriques, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 6 mai 2011.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. REMÉDIO. TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ALENIA E SPIRIVA. DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA. RECURSO PROVIDO. Impõe-se o indeferimento da antecipação de tutela quando não comprovados os requisitos elencados no art. 273 do CPC, o que ocorre, nos casos em que se reclama medicamentos, quando inexistente prova da verossimilhança das alegações acerca da imprescindibilidade dos fármacos prescritos, dado o inconclusivo relato do médico particular que, apesar de descrever a moléstia, não afirma categoricamente a necessidade de utilização dos remédios para o êxito do tratamento do paciente, não eliminando a possibilidade de que aqueles já normalmente fornecidos pelo SUS atendam ao desejado.

40 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0455260-14.2010.8.13.0000, Relator: Des. Peixoto Henriques, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 18 mar 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SAÚDE. FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA INSUBSTITUIBILIDADE OU IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDICAÇÃO. ORDEM DENEGADA. Inconcebível que uma lacônica prescrição médica, desprovida de qualquer referência acerca da insubstituíbilidade ou imprescindibilidade da medicação nela indicada, seja aceita como prova idônea, irrefutável ou inconcussa capaz de gerar a comprovação da liquidez e da certeza imprescindíveis à prolação de ordem judicial que, reconhecendo o direito do cidadão à saúde, ordene ao já sobrecarregado SUS o fornecimento dos remédios reclamados.

41– MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo Interno nº 0385721-24.2011.8.13.0000, Relator: Des. Vieira de Brito, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 9 set 2011.

EMENTA: AGRAVO INTERNO - MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO - INDEFERIMENTO DA INICIAL - ART. 10, 'CAPUT', DA LEI Nº. 12.016/09 - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA- DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Não tendo a impetrante logrado comprovar, de plano, suas alegações, inviável o deferimento da inicial, considerando que a prova pré-constituída é um dos requisitos indispensáveis à formação do presente mandamus, conforme art. 10, "caput", Lei 12.016/2010.

42 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0614856-97.2011.8.13.0000, Relator: Des. Wander Marotta, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 16 dez 2011.

EMENTA: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO UTILIZADO EM SESSÕES DE QUIMIOTERAPIA - TRATAMENTO DE CÂNCER - ESTABELECIMENTO DE CENTROS DE ONCOLOGIA PELO SUS - INSTITUIÇÕES RESPONSÁVEIS POR ADMINISTRAR A TERAPÊUTICA DO PACIENTE - POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DO FÁRMACO, DESDE QUE O PACIENTE ESTEJA INTERNADO E O HOSPITAL RESPONSÁVEL POR SEU TRATAMENTO OPTE POR MINISTRÁ-LO - AUSÊNCIA DA PROVA DA VEROSSIMILHANÇA. - O SUS

tem sua estrutura descentralizada para melhor atendimento do cidadão. Assim, não podem as pessoas políticas que compõem o sistema eximir-se de cumprir as obrigações que lhe forem impostas sob o simples argumento de não lhe competir determinada tarefa - fornecimento de medicamentos, internação, tratamento fora de domicílio etc. - O SUS não exclui a possibilidade de fornecer medicamentos de elevado custo para tratamento do câncer. Porém, somente o fará em regime de internação hospitalar, em instituições credenciadas como Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON -, como define a Portaria MS/GM nº 1345/2008. Posto isso, não representa violação a direito líquido e certo - ou verossimilhança - a recusa em fornecer diretamente ao paciente os medicamentos dessa natureza. - Segundo jurisprudência recente do S.T.J.: "...Para obtenção de medicamento pelo Sistema Único de Saúde, não basta ao paciente comprovar ser portador de doença que o justifique, exigindo-se prescrição formulada por médico do Sistema. (STF- 334 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-01 PP-00010)".

43 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1424637-68.2007.8.13.0027, Relator: Des. Wander Marotta, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 6 abr 2010.

EMENTA: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MENOR - RITUXIMABE - TRATAMENTO ARTRITE REUMATOIDE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SUA EFICÁCIA - MEDICAMENTO INDICADO SOMENTE PARA ADULTOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO EM RAZÃO DAS FUNDADAS RAZÕES FORNECIDAS PELO ESTADO. O fornecimento de um medicamento pela via do Judiciário só se justificaria se cabalmente demonstrada a indispensabilidade do remédio à eficácia da terapia indicada à paciente, o que não é o caso.

44 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0736958-58.2010.8.13.0000, Relator: Des. Wander Marotta, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 26 ago 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO UTILIZADO EM SESSÕES DE QUIMIOTERAPIA - POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DO FÁRMACO. - Como tantas vezes já ficou consignado, o SUS

tem sua estrutura descentralizada para melhor atendimento do cidadão. Assim, não podem as pessoas políticas que compõem o sistema eximir-se de cumprir as obrigações que lhes forem impostas, sob o simples argumento de não lhes competir determinada tarefa - fornecimento de medicamentos, internação, tratamento fora de domicílio etc. - O SUS não exclui a possibilidade de fornecer medicamentos de elevado custo para tratamento do câncer, desde que, comprovada a doença, esteja o paciente assistido, como aqui, em Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON -, como define a Portaria MS/GM nº. 2.439/2005.

45 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0634149-40.2010.8.13.0145, Relator: Des. Washington Ferreira, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 21 out 2011.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO COMINATÓRIA - NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - RELATÓRIO MÉDICO E RECEITUÁRIO INDISPENSABILIDADE DO TRATAMENTO - UTILIZAÇÃO DO FÁRMACO PRESCRITO - DIREITO FUNDAMENTAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. 1- Havendo provas suficientes para o convencimento do juiz, é possível o julgamento antecipado da lide, circunstância que não configura cerceamento de defesa. 2- Existindo nos autos relatório e prescrições de médica de Hospital Universitário de Universidade Federal, regularmente inscrita no CRMMG, deles se extraindo ser a paciente portadora de síndrome colestatia e atestando ser indispensável o uso do medicamento prescrito, única opção de tratamento, perfeitamente dispensável prova pericial para se aferir se correta ou não a indicação do fármaco. 3- A saúde consiste em um bem essencial à vida e à dignidade da pessoa humana, enquadrando-se como um dos direitos fundamentais do cidadão. 4- Tratando-se de direito fundamental, o fornecimento de medicamentos é de responsabilidade solidária e conjunta de todos os entes estatais.

46 – MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0017292-15.2010.8.13.0000, Relator: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 28 jan 2011.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA - VIOLAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E

CERTO DEMONSTRADA - SEGURANÇA CONCEDIDA. É dever do Estado, na condição de gestor do Sistema Único de Saúde, zelar pela saúde dos necessitados, oferecendo atendimento aos casos urgentes que envolvam risco para a saúde e vida dos pacientes, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva da autoridade coatora. O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, com a disponibilização dos recursos que se fizerem necessários ao tratamento da moléstia de que padece a parte, incluindo internações, cirurgias e o fornecimento de medicamentos e insumos prescritos, constituindo violação da ordem constitucional a negativa do tratamento.