

CONSIDERAÇÕES SOBRE PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NA ÁREA DE SAÚDE

CONSIDERATIONS
ABOUT BALANCING
CONSTITUTIONAL
VALUES
AND PUBLIC CIVIL
LIABILITY IN HEALTH
ISSUES

Francisco Cavalcanti¹

Resumo

O direito à saúde adquiriu as características de fundamentalidade com a Constituição de 1988. Muitas vezes entretanto a concretização desses direito depende do Judiciário que tem nos casos concretos que ponderá-lo com outros valores constitucionais, como a reserva do possível, o equilíbrio das contas públicas. Essa ponderação nem sempre é fácil. O princípio da razoabilidade é um dos caminhos utilizados.

Palavras chaves: Direito à saúde e à vida. Direito fundamental. Ações do Estado e controle judicial. Princípio da razoabilidade.

Abstract

The right of good health, and even of being alive, got the level of fundamental law in Brazilian Federal Constitution of 1988. Sometimes, however, only utilizing the actions in Judiciary on can get it and Judiciary has to observe this right according to other constitutional values as “ the reserve of possible”, and the equilibrium of public accounts. The principle of reasonable is one of the paths that can be used, to the solution of theses cases.

Keywords: Right of health and of being alive. Fundamental right. State actions. Principle of reasonable. Judicial review.

As questões envolvendo o direito à saúde como gênero, envolvendo atendimento hospitalar, direito a procedimentos reparatórios, corretivos, dentre outros, tem alcançado um patamar bastante elevado em inúmeros órgãos do Judiciário, tanto no âmbito da Justiça estadual, quanto no da Federal. Não se olvide que, como bem lembra Nobert Elias (1994, p.149):

As sociedades mais desenvolvidas - o que significa, não apenas mais ricas em sentido estrito, mas que são mais ricas, sobretudo em capital social – o nível de integração do estado absorve cada vez

¹ Doutor em Direito. Professor Titular na UFPE e na Faculdade Damas.

mais essa função de refúgio na necessidade extrema.

Nem sempre, entretanto, o Estado atende voluntariamente a anseios do cidadão nessa área, às vezes com razão, às vezes de modo absolutamente desarrazoado, ou , pelo menos parcialmente desarrazoado, invocando valores e princípios menores que o de proteção à saúde e a vida.

A ponderação entre valores de fundo constitucional, como o da limitação da criação de despesas à existência de receitas, presente no art.169 da CF/88, o do equilíbrio fiscal expresso na LC no. 101 e, de outro lado, a preservação de valores fundamentais, como a preservação da vida com dignidade, do tratamento condigno nas hipóteses de doenças e acidentes, o acesso a medicamentos, muitas vezes parecem se chocar e necessitam ser adequadamente interpretados, inclusive no exame de cada caso, em busca de um razoável ponto de equilíbrio.

Esse é um esforço diuturno dos órgãos Judiciais, nem sempre bem sucedido e que aqui se procurará exami-

nar a partir de casos concretos. Tal exame se fará, limitada á situação em que são participantes estatais, sem alargar a discussão em relação à proteção objeto de relações contratuais privadas, como as pactuadas com “planos de saúde.”

Para se tentar chegar a um razoável nível de estabilidade, no estudo, mister se faz partir do próprio texto da Carta Magna, que estabelece:

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

A natureza desse artigo e da norma nele inserida é um ponto relevante de partida. A concretização do atendimento a esse preceito constitucional, em verdade, a um conjunto de regras e princípios entrelaçados, se dá, sobretudo, através do *Sistema Único de Saúde (SUS)* para a maior parte da população e ganha contornos através do disposto no artigo subse-

qüente daquela Carta que prevê:

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.

O texto magno, na sequência, fixa, basicamente:

Art. 198. 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.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º. Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Pretende-se com o Sistema Único de Saúde criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis n.º 8080/90 e n.º 8.142/90, Leis Orgânicas da Saúde, com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à Saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sendo proibidas cobranças de dinheiro sob qualquer pretexto. Do Sistema Único de Saúde fazem parte os centros e postos de saúde, hospitais - incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros, bancos de sangue, além de fundações e institutos de pesquisa, como a FIOCRUZ - Fundação Oswaldo Cruz e o Instituto Vital Brazil. Através do Sistema Único de Saúde, todos os cidadãos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas Unidades de Saú-

de vinculadas ao SUS da esfera municipal, estadual e federal, sejam públicas ou privadas, contratadas pelo gestor público de saúde. O SUS é destinado a todos os cidadãos e é financiado com recursos arrecadados através de impostos e contribuições sociais pagos pela população e compõem os recursos do governo federal, estadual e municipal. O Sistema Único de Saúde tem como meta tornar-se um importante mecanismo de promoção da equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, oferecendo serviços com qualidade adequados às necessidades, independente do poder aquisitivo do cidadão. O SUS se propõe a promover a saúde, priorizando as ações preventivas, democratizando as informações relevantes para que a população conheça seus direitos e os riscos à sua saúde. O controle da ocorrência de doenças, seu aumento e propagação - Vigilância Epidemiológica, são algumas das responsabilidades de atenção do SUS, assim como o controle da qualidade de remédios, de exames, de alimentos, higiene

e adequação de instalações que atendem ao público, onde atua a Vigilância Sanitária. O setor privado participa do SUS de forma complementar, por meio de contratos e convênios de prestação de serviço ao Estado quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento a toda a população de uma determinada região.²

Esse é o modelo teórico que hoje encontra-se razoavelmente estruturado³, com

² www.saude.gov.br (capturado em 13.08.2012)

³ Legislação básica acerca do SUS:

-Decreto 5.974 de 29/12/2006
Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Saúde, e dá outras providências.

- Lei 10.972, de 2/12/2004
Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRÁS e dá outras providências.

- Decreto 1.651, de 28/9/1995
Regulamenta o Sistema Nacional de Auditoria no âmbito do Sistema Único de Saúde.

- Lei 8.142, de 28/12/1990
Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema

partilha de responsabilidades, desde a União Federal, com atribuições de coordenação geral e financiamento até as competências dos Municípios, sobretudo, de execução, com a administração de unidades de prestação de serviços, ou de gestão de convênios com particulares prestadores de serviços. Além dos entes estatais de planejamento, financiamento e execução, há o conjunto de unidades privadas para prestação dos serviços e uma grande rede de Hospitais, clínicas, serviços médicos e assemelhados, credenciados.

Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

- Lei 8.080, de 19/9/1990
Lei orgânica da Saúde 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.

- Lei 8.689, de 27/7/1993
Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências.

- Lei 1.920, de 25/7/1953
Cria o Ministério da Saúde e dá outras providências.

Há, entretanto, ainda, enormes dificuldades, falhas nos serviços e no fornecimento dos medicamentos necessários às situações que surgem. As graves carências na área de saúde em um país com o nível de desigualdade do Brasil, com IDH incompatível com o nível de desenvolvimento econômico do país, leva a grandes conflitos na área de prestação de serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos. De um lado surgem situações de extrema gravidade, com a necessidade de fornecimentos de medicamentos e procedimentos de alto custo, em parte necessários para salvar vidas, recuperar saúdes debilitadas, em outros, com oportunismos de pessoas que pretendem se valer do Judiciário para receberem medicamentos desnecessários, experimentais, em situações nas quais não há risco capaz de justificar o gasto público. Do outro lado, a Administração Pública responsáveis pela gestão do SUS, regra geral, adota uma posição uniforme, no sentido de negar a pretensão mesmo em situações em que tal é imprescindível

para evitar a ocorrência de mortes.

O direito à saúde denota as mesmas características dos direitos fundamentais (mesmo porque é um direito fundamental), mormente por se tratar de um que guarda estreita relação com o direito à vida, por conta da inquestionável importância da saúde para a vida humana...o art.196 o define...esse dispositivo constitucional ressalta o caráter duplice desse direito fundamental: de um lado, a preservação da saúde, que importa políticas que visem a redução do risco de doenças; de outro lado, o direito à prevenção e recuperação da saúde, que corresponderia mais ao aspecto individual desse direito, à prestação positiva por parte do Estado em fornecer condições para as pessoas tratarem suas moléstias ou se recuperem delas (DIAS e PASSOS, 2009, p.45).

Para que se tenha uma compreensão dos problemas com que se depara o Judiciário, separei, dentre algumas dezenas, acórdãos relevantes

sobre a matéria, em julgados, dos quais fui relator, no âmbito do TRF da 5ª. Região, a partir do qual será desenvolvido o presente artigo.

O primeiro caso a ser analisado é o referente ao fornecimento de medicamentos a Hospital Público para atendimento de pacientes em estado bastante grave, portadores de mal incurável, mas cujo medicamento seria capaz de retardar a perda da qualidade de vida e a morte.

Cuida-se do **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 114746 CE (0005087-72.2011.4.05.0000)**:

Esse caso teve a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA UFC. REJEITADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS CONFIGURADOS. ATENDIMENTO A IDOSOS PORTADORES DE MAL DE ALZHEIMER. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. SOLIDARIEDADE LEGAL DOS ENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. REPASSE DE VERBA AO HOS-

PITAL UNIVERSITÁRIO. PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ação civil pública ajuizada objetivando o fornecimento de medicamentos e o atendimento aos idosos portadores de doença de Alzheimer.

2. A ação civil pública configura-se como via adequada à busca da proteção da saúde para o cidadão, ainda que a tutela jurisdicional almejada pela parte autora alcance um grupo limitado deles, ou mesmo um só indivíduo, por ser um direito fundamental imperativamente consagrado na Carta Magna, de caráter indivisível e irrenunciável inserido mesmo no conceito maior de dignidade humana. Legitimidade ativa da Defensoria Pública da União.

3. Prefacial de ilegitimidade da UFC rechaçada. De acordo com a “jurisprudência dominante, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, a universidade à qual o hospital está vinculado juridicamente tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda na qual se pretenda a oferta de medicamentos e de acompanhamento médico, sobretudo quando haja ato normativo do poder público determinando que a unidade integre o SUS. Do sítio eletrônico do Hospital Universitário Walter Cantídio (<<http://www.huwc.ufc.br/>>), consta expressamente que a unidade está integrada ao SUS. Assim, a Universidade Federal do Ceará, à qual o hospital encontra-se ligado, é parte legítima para estar no polo

passivo da demanda”. Excerto do parecer do Ministério Público Federal.

4. A autonomia das universidades não é um fim em si mesmo, de tal sorte que não pode servir de óbice para a plena efetividade da proteção do direito à vida e à saúde, ainda mais quando se trata de um hospital cadastrado como centro de referência no tratamento da população idosa, como é o caso do Hospital Walter Cantídio.

5. “A falta de recursos financeiros não autoriza a interrupção na prestação do serviço de saúde. No conflito entre o princípio da reserva do possível e o direito à vida e à saúde, ambos garantidos pela Constituição, devem estes últimos prevalecer”. Excerto do opinativo do *Parquet*.

6. Repasse de Recursos ao Hospital pelo Ministério da Saúde por meio da Portaria nº 295, de 24 de fevereiro de 2011, no valor de R\$ 4.307.437,08, efetuado em três parcelas, nas competências de março a maio. Diante do repasse de verbas, não há que se falar em inexistência de recursos financeiros como justificativa para o não oferecimento dos serviços médicos a cargo do referido hospital, cuja atuação deve se pautar pela busca da efetividade ao direito fundamental à preservação da vida e da saúde do indivíduo, sobretudo os que se encontram em estado de maior carência e necessidade de cuidado, como é o caso de grande parte da população idosa.

7. Agravo a que se nega provimento.

Do voto condutor podem ser extraídas as seguintes partes que o resumem:

Como ensaiado no relatório, trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face da decisão, nos autos da Ação Civil Pública nº 0002579-06.2011.4.05.8100, que deferiu o pedido de antecipação de tutela para determinar à União, à Universidade Federal do Ceará, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que assegurem, dentro de suas competências, o pleno atendimento de todos os pacientes idosos portadores de Alzheimer pelo Centro de Atenção ao Idoso do Hospital Universitário Walter Cantídio, com a regularização de estoque e o fornecimento imediato e gratuito de todos os medicamentos necessários ao tratamento dessa doença, além da imediata contratação de médicos – inclusive em caráter emergencial, com esteio na Lei nº 8.745/1993 – para o referido Centro, em número suficiente para a assistência dos pacientes sob seus cuidados [...] Deve ser rechaçada, ainda, a prefacial de ilegitimidade passiva suscitada pela UFC.

No que se refere à dita preliminar, adoto como razão de decidir os fundamentos do bem lançado parecer do Ministério Público Federal (*cf.* fls. 98/99):

1. Embora tratada no mérito do agravo (fls. 7-8), a matéria deve ser analisada como preliminar. Afirma a UNIVERSIDADE

FEDERAL DO CEARÁ que o dever de prover a saúde pública é da União, dos Estados e dos Municípios, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). As universidades federais não o teriam.

2. A Constituição da República atribui competência comum à União, aos Estados e Distrito Federal e aos Municípios, para “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II). Tais competências decorrem do princípio do cooperativismo, adotado em técnica de repartição de competências adotada no Federalismo contemporâneo, em razão da necessidade de corresponsabilidade e de conjugação de esforços dos entes estatais na tutela de determinados bens de relevância social.

3. É obrigação dos entes federados assegurar às pessoas desprovidas de recursos econômicos o acesso à saúde plena e eficaz, o que significa, neste caso, o dever do fornecimento do medicamento e de atendimento aos idosos portadores da doença de Alzheimer.

4. A Lei nº 8.080/90, que versa sobre a proteção e a organização dos serviços de saúde, instituiu sistema único de saúde, o SUS, constituído pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º, *caput*). A lei responsabilizou em solidariedade todos os integrantes dos sistema pelos serviços de saúde, voltados predominantemente para o

atendimento das pessoas desprovidas de recursos econômicos, ainda que não só delas.

5. Ao dispor que integram o SUS, além dos órgãos da administração direta, os entes da administração indireta, o art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.080/90, refere-se àqueles criados especificamente para a prestação de serviços de saúde ou a isso legalmente destinados. Hospitais universitários prestam serviços aos SUS, mas em caráter suplementar. Essa prestação não lhes retira a natureza de instituição de ensino, sua precípua finalidade é antes a formação acadêmica do que o fornecimento de serviços à população. Não deveriam, pois, obrigados a suprir as deficiências da União, dos Estados e dos municípios quanto ao SUS.

6. Não obstante o entendimento do subscritor, segundo a jurisprudência dominante, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, a universidade à qual o hospital está vinculado juridicamente tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda na qual se pretenda a oferta de medicamentos e de acompanhamento médico, sobretudo quando haja ato normativo do poder público determinando que a unidade integre o SUS.⁴

⁴ Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso especial nº 686.208/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 jun. 2005, unânime. **Diário da Justiça**: 1ª jul. 2005, p. 414; Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª T. Agravo de instrumento

7. Do sítio eletrônico do Hospital Universitário Walter Cantídio (<<http://www.huwc.ufc.br/>>), consta expressamente que a unidade está integrada ao SUS. Assim, a Universidade Federal do Ceará, à qual o hospital encontra-se ligado, é parte legítima para estar no polo passivo da demanda.

No mérito, salientou-se:

O cerne da questão consiste na possibilidade de reformar a decisão que deferiu a antecipação de tutela jurisdicional. O juízo de primeiro grau determinou que a UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, de forma solidária com a UNILÃO, o ESTADO DO CEARÁ e o MUNICÍPIO DE FORTALEZA, forneça pleno atendimento e medicamentos, pelo Centro de Referência em Assistência à Saúde do Idoso, aos pacientes portadores do mal de Alzheimer, de que necessitem para o tratamento da enfermidade, e contrate médicos em quantidade suficiente para atender à demanda na unidade.

A Constituição da República, no art. 196, caput, estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Há direito fundamental do cidadão à assistência estatal direcionada à proteção da saúde e ao tratamento médico-hospitalar.

Por sua vez, a antecipação dos efeitos da tutela está regulada no art. 273 do Código de Processo Civil, que preceitua:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

11. Acerca do tema, Humberto Theodoro Júnior (2008, p.425) pondera:

O texto do dispositivo legal em questão prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação aos efeitos do pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

- a) requerimento da parte;*
- b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;*
- c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;*
- d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
- e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e*
- f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.*

Conforme acima se apontou, na visão da jurisprudência dominante, há verossimilhança na obrigação de o hospital universitário fornecer tratamento aos idosos portadores da doença de Alzheimer. Em-

bora o direito à vida (art. 5^o, *caput*) e à saúde (art. 6^o) tenham sido erigidos constitucionalmente como direitos fundamentais, a Lei nº 8.080/90, ao regulamentá-los, não criaria para os hospitais universitários a obrigação de fornecer os serviços essenciais de saúde. Dispõe que integrarão o SUS de maneira suplementar, mas a responsabilidade pelos serviços é da União, dos Estados e municípios. Como bem assentou o relator, na decisão em que atribuiu efeito suspensivo ao presente agravo, o hospital universitário é mero órgão de execução dos serviços de saúde oferecidos pelo SUS. Ademais, os hospitais universitários têm por finalidade precípua associar a formação acadêmica dos alunos à prestação de assistência à comunidade. À universidade, no exercício de sua autonomia, caberia definir, nos limites dos recursos financeiros de que dispunha, quais serviços seriam prioritariamente oferecidos pelo hospital.

A já mencionada jurisprudência dominante, todavia, entende ser o hospital universitário cadastrado no SUS

solidariamente obrigado, com a União, os Estados e municípios, a fornecer medicamentos e tratamentos essenciais à população.

O Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 249, de 12 de abril de 2002, publicada no **Diário Oficial** da União em 16 de abril do mesmo ano, determinou o cadastramento de centros de referência em assistência à saúde do idoso. O Hospital Walter Cantídio, uma vez cadastrado, não se pode eximir da obrigação de oferecer atendimento de forma integral aos idosos.

Divulgou-se na imprensa que o centro dispensaria os pacientes por falta de recursos. Está-se diante de colisão de princípios: de um lado, o princípio da reserva do possível e, de outro, a preservação dos direitos à vida e à saúde. Tal colisão deve ser equacionada em cada caso, por meio da ponderação ou dos critérios de proporcionalidade, de maneira a preservar ambos os princípios, conforme sinaliza Robert Alexy (2008, p.93) em conhecida obra:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa [em relação aos conflitos de normas]. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

O STJ já assentou que, embora o Supremo Tribunal Federal adote a “teoria da reserva do possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde essa restrição deve ser mínima, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. Confira-se este outro precedente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLA-

ÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA. – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, § 5º, DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE.

[...]

4. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

5. Embora venha o STF adotando a “Teoria da Reserva do Possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.⁵

⁵ STJ. 2ª T. REsp nº 784.241/RS. Rel.: Min. Eliana Calmon. 8 abr. 2008. **DJ eletrônico** 23 abr. 2008.

Aquela Corte firmou entendimento de que o fornecimento de medicamento não depende de conveniência e oportunidade na execução do gasto público, mas decorre do princípio da legalidade:

FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, DO CPC – PRECEDENTES.

1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC).

2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitui-

onalmente tutelados em primeiro plano.

3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.

4. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecutorórias para o cumprimento da tutela específica.

5. Precedentes da Primeira Seção: (REsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24.3.2006).

Recurso especial improvido.⁶

⁶ STJ. 2ª T. REsp nº 857.502/RS. Rel.: Min. Humberto

De resto, caberia à agravante comprovar a verdadeira impossibilidade de fornecimento do medicamento, por motivos financeiros. A mera alegação genérica do princípio da reserva do possível não deve ser óbice à tutela do bem mais importante de todos, como é a vida, em face da proteção que a Constituição da República lhe emprestou.

Em precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, consignou-se que “o hospital indicado como Centro de Referência em Assistência à Saúde do Idoso (Portaria nº 249/00), ademais, não pode se eximir de suas obrigações sob a alegação de falta de recursos financeiros [...]”⁷. Quando do julgamento do recurso de que trata o precedente, os hospitais universitários credenciados como centros de referência não podiam deixar de prestar atendimento

e de fornecer medicamentos pois recebiam recursos federais por meio da Portaria IM/MEC/MS nº 2.378. Embora tal portaria tenham vigorado até 2006, em 24 de fevereiro de 2011, o Ministério da Saúde editou a Portaria Portaria nº 295, de 24 de fevereiro de 2011, determinando a transferência de recursos para o custeio dos hospitais universitários federais. Ao Hospital Walter Cantídio, deverão ser repassados, anualmente, R\$ 4.307.437,08. Em 2011, o repasse ocorreu, conforme a portaria, em três parcelas, nas competências de março a maio. Se o hospital, no momento em que interrompeu a prestação de assistência aos portadores do mal de Alzheimer, efetivamente passava por dificuldades financeiras, não há mais motivo para que permaneça sem oferecer o serviço.

O implemento da tutela jurisdicional relaciona-se ao direito fundamental do indivíduo à preservação da saúde; deve privilegiar a proteção dos bens mais relevantes, que são a vida e a saúde.

Martins. 17 out. 2006. **DJ** 1, 30 out. 2006, p. 284.

⁷ TRF/2ª Região. 7ª T. Especializada. Apelação cível nº 362.880/RJ. Rel.: Juiz Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. 9 nov. 2005, un. **DJU**: 13 nov. 2005, p. 111.

Quanto ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, é necessário considerar que a mera ameaça de dano já permite a antecipação de tutela. Esse requisito é observado na possibilidade de lesão ao direito fundamental à saúde.

Por fim, a agravante sustenta o perigo de dano inverso e a ofensa à ordem pública, pois a obrigação imposta à UFC pela decisão agravada violaria o art. 45 da Lei nº 8.080/90 e o art. 207 da Constituição.

Não assistiu razão à agravante também nesse ponto.

O art. 207, *caput*, da Constituição confere autonomia administrativa e de gestão financeira às universidades. No mesmo sentido estatui o art. 45 da Lei nº 8.080/90, ao dispor que a vinculação do hospital universitário ao SUS não afasta sua autonomia administrativa. Essa autonomia consiste na ausência de interferência dos entes federativos na gestão da instituição. Não permite, contudo, que a universidade ou o hospital se afastem de suas finalidades legais – entre as quais se inclui,

na trilha da jurisprudência dominante, o fornecimento de serviços de saúde – nem deixem de cumprir as leis e as decisões judiciais.

A decisão, ao impor a obrigação de fazer para o hospital universitário, não interfere na sua gestão ou na sua administração, apenas determina que ele forneça serviço essencial e permaneça buscando sua finalidade.

Nele foram enfrentados alguns aspectos relevantes, tais como a legitimidade do Ministério Público para as ações civis públicas envolvendo prestações relativas à saúde, sobretudo em se tratando de pacientes de baixa renda, destacando-se ainda que ante situação de tal gravidade, não é cabível alegar-se a *reserva do possível*. Na inevitável ponderação de valores, o Judiciário teria que impor, como o fez, a obrigação ao Estado de fornecer o medicamento aos pacientes, esses, sem possibilidade financeira de arcar com o custo de aquisição dos medicamentos.

Outro exemplo relevante é o da apelação cível nº 408729 CE

(2006.81.00.003148-1). Ali cuidava-se de uma ação movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com pedido de tutela antecipada, contra a UNIÃO, o ESTADO DO CEARÁ e o MUNICÍPIO DE FORTALEZA, objetivando o fornecimento a CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES de medicação “de que tanto necessita para a sua sobrevivência, que deve ser ministrado, consoante os especialistas, de forma contínua mediante a ingestão de duas cápsulas de 100 mg. três vezes ao dia, totalizando 600 mg/dia”.

Salientou que a jovem CLARICE, de 21 anos, seria portadora de doença de Niemann-Pick Tipo C, considerada doença neurodegenerativa rara. Destacou que teria sido observado, no período de 2002 e 2003, além das características clínicas da doença, quadro depressivo associado, que evoluiu para sintomas psicóticos dissociativos, “com idéias de referência e distorções da realidade e compulsões”. Enfatizou que “exames neurológicos realizados no período de março a setembro

de 2005 revelam, por exemplo, desorientação parcial no tempo; pensamento simbólico/abstrato perturbado; certo aumento de disartria, da disfagia e da ataxia do tronco; acentuação da distonia da mão direita”.

Sublinhou que, consoante laudo de especialista, o único tratamento eficaz se faria com a substância miglustat (Zavesca), fabricante Actelion, inibidora da deposição de glicolípídios nas células do cérebro. Afirmou que, segundo laudo da Rede Sara de Hospitais de Reabilitação, o referido medicamento poderia aumentar a sobrevida e/ou a melhora da qualidade de vida dos pacientes. Asseverou que os pais da jovem não possuiriam condições financeiras de custear o medicamento, de modo que o teriam solicitado dos poderes públicos, não obtendo resposta. Realçou que o custo estimado da dosagem mensal prescrita giraria em torno de R\$ 52.000,00, acentuando, ainda, que o medicamento estaria ainda pendente de registro na ANVISA.

Teceu considerações acerca do cabimento da ação

civil pública, invocando o art. 196, da CF/88, bem como, do mesmo diploma, o art. 198, I e II, e § 1º, assim como no tocante à competência da Justiça Federal, à sua legitimidade ativa e à legitimidade passiva das pessoas indicadas como réus. Citou precedentes jurisprudenciais, quanto ao mérito. o MM. Juiz Federal *a quo* julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade do Ministério Público Federal, tendo em conta que a paciente já contaria com 21 anos de idade, podendo recorrer à Defensoria Pública. O Ministério Público apelou, reiterando a compreensão no sentido de sua legitimidade ativa, seja com fundamento no art. 127, da CF/88 – a ele cabe a defesa de direitos individuais indisponíveis, como a saúde –, seja no art. 5º, V, da LC nº 75/93. No mais, ratificou os termos da petição inicial e o pedido de deferimento de tutela antecipada. A UNIÃO apresentou contra-razões, sustentando a ilegitimidade ativa do MP, sua ilegitimidade passiva e a ausência dos requisitos para a concessão de tutela antecipa-

da. O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, de igual modo, contra-razou, entendendo flagrante a ilegitimidade do MP, de acordo com as regras e os princípios jurídicos. Finalmente, o ESTADO DO CEARÁ também coligiu contra-razões, salientando que, com base na jurisprudência mais atualizada, verificar-se-ia a ilegitimidade ministerial para o ajuizamento da ação civil pública.

Quando do julgamento da apelação, que teve a oportunidade de relatar, a 1ª. Turma do TRF da 5ª. Região assim decidiu:

EMENTA: Processual civil e constitucional. ação civil pública. fornecimento de medicamento (miglustat - zavesca) à jovem com doença neurodegenerativa progressiva (niemann-pick tipo c). extinção do feito sem julgamento do mérito. ilegitimidade ativa do ministério público federal. reforma. direito constitucional à saúde. Fundamentalidade. indisponibilidade. legitimidade ministerial para o ajuizamento. tutela antecipada. deferimento. art. 273, do CPC.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, objetivando que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza sejam impelidos ao fornecimento, à jovem de 21 anos portadora de doença neurodegenerativa progressiva (Niemann-Pick Tipo C), de medicamento denominado Zavesca (miglustat), de aquisição impossível pelos genitores da paciente, professores universitários, por ser significativamente caro (a dosagem necessária mensal giraria em torno de R\$ 52.000,00).

2. Extinção do feito sem julgamento do mérito, logo no início de sua tramitação, por ilegitimidade ativa do Ministério Público, com base na maioria da pessoa doente e no fato de que o MPF não poderia substituir a Defensoria Pública.

3. A natureza das atribuições determinadas como de competência do Órgão Ministerial, a dimensão de sua responsabilidade, a pluralidade de categorias e temáticas em relação às quais detém incumbências de particular seriedade, o poder investigativo, fis-

calizador e determinante de que foi dotado esse agente – constitucionalmente qualificado pela sua essencialidade à função jurisdicional do Estado – impõem seja admitido, com largueza, o exercício de ações coletivas pelo Ministério Público, não sendo aceitáveis, em sentido oposto, interpretações restritivas ou inibidoras.

4. O Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais indisponíveis. Inteligência do art. 127, *caput*, da CF/88, c/c o art. 129, III e IX, da Carta Magna, do art. 25, IV, *a*, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, art. 6º, VI, *d*, da Lei Complementar nº 75, de 10.02.1993.

5. “Corajosamente o legislador constitucional foi além da própria Lei n. 7.347/85. A chamada Lei da Ação Civil Pública sofreu um veto presidencial à norma de extensão que previa a defesa de “outros interesses difusos”. Antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, que elidiu os efeitos do veto, a Constituição já tinha expressamente admi-

tido a iniciativa ministerial “na defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, ou seja, inseriu a mesma norma de extensão que anteriormente tinha sido vetada pelo governo federal quando da sanção da Lei n. 7.347/85. Interpretando conjuntamente o inc. III do art. 129 com a norma de destinação institucional contida no caput do art. 127 da Constituição da República, passou-se desde então a admitir que o Ministério Público exercitasse a ação civil pública na defesa de interesse difuso ou coletivo, bem como na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. Depois, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o antigo veto perdeu qualquer eficácia, pois que o art. 110 desse Código inseriu o inc. IV ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, de forma que hoje cabem quaisquer ações cíveis na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ainda que não especificados expressamente em qualquer lei” (Hugo Nigro Mazzilli).

6. Nos termos da Norma Constitucional

(arts. 5º, 6º, 196 e 227), o direito à saúde é marcado por sua “fundamentalidade”, considerando-se mesmo que sua garantia é expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos, do qual os demais direitos extraem sentido. Analisando o conceito de “fundamentalidade”, J J Gomes CANOTILHO concebe-o sob duas perspectivas: a “fundamentalidade formal”, correspondente à constitucionalização, à localização de direitos reputados fundamentais no ápice da pirâmide normativa, com as conseqüências, desse fato, derivadas – demarcação das possibilidades do ordenamento jurídico e vinculatividade dos poderes públicos –, e a “fundamentalidade material”, identificadora dos direitos fundamentais a partir do seu conteúdo “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”, permissiva do reconhecimento de outros direitos não expressamente tipificados no rol constitucional, mas equiparáveis em dignidade e relevância aos direitos formalmente constitucionais (“norma de *fattispecie* aberta”). Em ambas as visões,

exsurge a magnitude da essencialidade, embora seja patente a maior significância compreensiva da segunda. “No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (José Afonso da Silva). Os direitos fundamentais cumprem, nessa contextura, determinadas funções: exigem prestações do Estado, protegem diante do poder público e de terceiros, fomentam a paridade entre os indivíduos, designam os alicerces sobre os quais se constrói e se orienta o ordenamento jurídico (“eficácia irradiante”). Têm força, ao mesmo tempo, por assim dizer, de princípio e de regra. A “fundamentalidade” desses direitos justifica sua caracterização como imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais. Trata-se, o direito à saúde, de direito individual indis-

ponível, merecedor de amparo através da ação civil pública.

7. O STJ pacificou o entendimento no sentido de que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesse individual de menor” (ERESP nº 712395/RS). Essa posição foi estendida para alcançar os idosos: “Essa orientação estende-se às hipóteses de aplicação do Estatuto do Idoso (artigos 74, 15 e 79 da Lei 10.741/03)” (RESP nº 911930/RS). Em outros precedentes, mostra-se a tendência à admissão mais alargada dessa legitimação: “Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa pobre especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício do hipossuficiente” (RESP nº

819010/SP). Ainda que a pessoa a ser beneficiada com a medida de proteção de direito individual indisponível, seja maior de idade, embora não seja idosa, sua carência de recursos, que coloca em risco sua saúde e sua vida, confere legitimidade ao Ministério Público para o manejo de ação civil pública.

8. Provi-
mento da apelação do Ministério Público, reconhecendo sua legitimidade ativa para a ação civil pública em comento.

9. Tutela antecipada que se defere, haja vista estarem presentes os requisitos próprios, nos termos do art. 273, do CPC.

2.6 Destaco e reproduzo do meu voto os seguintes trechos, quanto ao mérito, sem discussão quanto à legitimidade do Ministério Público, matéria não abordada neste estudo...

Tem-se, portanto, que o direito à saúde, especialmente no que tange às pessoas hipossuficientes, que não têm condição de adquirir remédios ou tratamentos médicos, está abarcada pela rede de proteção represen-

tada pela ação civil pública. Nos termos da Norma Constitucional (arts. 5º, 6º, 196 e 227), o direito à saúde é marcado por sua “fundamentalidade”, considerando-se mesmo que sua garantia é expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos, do qual os demais direitos extraem sentido. Analisando o conceito de “fundamentalidade”, J J Gomes CANOTILHO concebe-o sob duas perspectivas: a “fundamentalidade formal”, correspondente à constitucionalização, à localização de direitos reputados fundamentais no ápice da pirâmide normativa, com as conseqüências, desse fato, derivadas – demarcação das possibilidades do ordenamento jurídico e vinculatividade dos poderes públicos –, e a “fundamentalidade material”, identificadora dos direitos fundamentais a partir do seu conteúdo “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”, permissiva do reconhecimento de outros direitos não expressamente tipificados no rol constitucional, mas equiparáveis em dignidade e relevância aos direitos formalmente constitucionais (“norma de fatispecie aberta”). Em ambas as visões, exsurge a magnitude da essencialidade, embora seja patente a maior significância compreensiva da segunda. “No qualificativo fundamentais

acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (José Afonso da Silva). Os direitos fundamentais cumprem, nessa contextura, determinadas funções: exigem prestações do Estado, protegem diante do poder público e de terceiros, fomentam a paridade entre os indivíduos, designam os alicerces sobre os quais se constrói e se orienta o ordenamento jurídico (“eficácia irradiante”). Têm força, ao mesmo tempo, por assim dizer, de princípio e de regra. A “fundamentalidade” desses direitos justifica sua caracterização como imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais. Trata-se, destarte, o direito à saúde, de direito individual indisponível, merecedor de amparo pela via da ação civil pública. Conseqüentemente, exsurge a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação coletiva em referência. Observe-se a evolução jurisprudencial. Em relação à proteção ao menor, tem-se o seguinte precedente:

EREsp 712395 / RS ;

EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO

ESPECIAL 2006/0191197-3

Relator(a) Ministra ELLANA

CALMON (1114) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 28/03/2007

Data da Publicação/Fonte DJ

16.04.2007 p. 160

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFENDER DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL DE MENOR – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. *Jurisprudência pacífica do STJ no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para pro-*

por ação civil pública em defesa de interesse individual de menor.

2. *Embargos de divergência improvidos.*

No atinente aos idosos, cum-pre sublinhar:

REsp 911930 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2006/0281489-0 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/03/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 15.03.2007 p. 305

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ESTATUTO DO IDOSO. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO.

1. *Não há violação do artigo 535 do CPC quando o tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.*

2. *O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a deci-*

são, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados.

3. *Prevaleceu na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual de menor carente, ante o disposto nos artigos 201, V, 11 e 208, VI e VII, da Lei 8.069, de 13.07.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Mudança de entendimento da Turma acerca da matéria (REsp 688.052/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 17.08.06).*

4. *Essa orientação estende-se às hipóteses de aplicação do Estatuto do Idoso (artigos 74, 15 e 79 da Lei 10.741/03).*

5. *Recurso especial improvido.*

Mas, independentemente das características subjetivas, o bem a proteger releva a legitimação ministerial em situações como a presente, pelo menos da redação com que foi consignada a proclamação dos precedentes que adiante se vêem:

REsp 710715 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2004/0177359-3 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2

- SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/02/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 14.02.2007 p. 210

Ementa

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS "A" E "C" – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA – RECURSO CONHECIDO APENAS PELA ALÍNEA "A" – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRATAMENTO DE CÂNCER – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET.

1. O recurso não deve ser conhecido pela alínea "c", porquanto, na hipótese em questão, trouxe o recorrente como paradigmas julgados desta Corte que não possuem similitude fática com o caso dos autos.

2. O Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127 da Constituição Federal/88).

3. Busca-se, com efeito, tutelar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput, e 196 da Constituição **em favor de pes-**

soa carente do medicamento para tratamento de câncer.

A legitimidade ativa se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas por se tratar de interesses individuais indisponíveis.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

REsp 819010 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2006/0031359-6 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 28/03/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 02.05.2006 p. 274

Ementa

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. ARTIGO 25, IV, "A", DA LEI 8.625/93. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Em exame recurso especial interposto pelo Ministério Público com fulcro na alínea "a" do permis-

sivo constitucional contra acórdãos assim ementados:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. Direito individual cuja legitimidade ativa compete àquele que se diz necessitado. Nos termos da lei processual 'ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei' (art. 6º do Cód. de Proc. Civil). Definidas em lei, de forma taxativa, as finalidades da ação civil pública, não pode o Ministério Público pretender por meio desta medida judicial, outro objeto. Processo principal extinto sem apreciação do mérito. Agravo de instrumento prejudicado."

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Inexistência de omissão a justificar a interposição do recurso (art. 535, incs. I e II do Cód. de Proc. Civil). Prequestionamento desnecessário. Recurso que objetiva a modificação do julgado. Improriedade. Embargos rejeitados."

2. Sustenta-se violação do artigo 25, IV, "a", da Lei 8625/93 argumentando-se que: "A função ministerial - a legitimidade do parquet - somente estará se o interesse estiver sob a disponibilidade de seu

titular. E tal não ocorre com o direito à saúde, que é objeto de proteção constitucional, afigurando-se direito indisponível. E, como tal, possível de ser tutelado pelo Ministério Público, ainda que o parquet esteja tutelando o interesse de uma única pessoa, que é o caso dos autos. Ademais, negar legitimidade ao parquet no caso concreto, além de negar o próprio direito constitucional, é negar o desenvolvimento do direito processual vigente à pessoa humana."

3. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para **obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa pobre especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.** Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício do hipossuficiente.

4. Recurso especial provido para, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a presente ação, determinar o reenvio dos autos ao juízo recorrido para que este se pronuncie quanto ao mérito.

Em síntese, ainda que a pessoa a ser beneficiada com a medida de proteção de direito individual indisponível, seja maior de idade, embora não seja idosa, sua carência de recursos, que coloca em risco sua saúde e sua vida, confere legitimidade ao Ministério Público para o manejo de ação civil pública. Com essas considerações, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal, para reconhecer a sua legitimidade ativa na propositura da ação civil pública em tela. Sobre o pedido de tutela antecipada, penso plenamente possível analisá-lo nesta instância, o que deve ser feito em consideração aos requisitos que a lei lista, especificamente no art. 273, do CPC, verbis:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No caso concreto, a verossimilhança da alegação é demonstrada pelos documentos médicos que restaram coligidos aos autos. No de fl. 24, consta que “o miglustato (Zavesca) é o único medicamento capaz de deter a progressão da Doença de Niemann-Pick tipo C, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente”. A afirmação é seguida de indicação das bases nas quais se assentou a conclusão: estudos que remontam ao ano de 2000. Além dele, convém apontar para o parecer exarado pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação – Associação das Pioneiras Sociais, sendo essa instituição de referência nacional. Nessa manifestação (fl. 28) consta: “Atualmente o tratamento é, preponderantemente, de suporte, mas já há trabalhos relatando o uso do Zavesca (miglustat), anteriormente usado para outras doenças de depósito, com o objetivo de diminuir a taxa de biossíntese de glicolipídios e, portanto, a diminuição do acúmulo lisossomal deste glicolipídios que estão em quantidades aumentadas pelo defeito do transporte de lipídios dentro das células; o que poderia possibilitar um aumento de sobrevivência e/ou melhora da qualidade de vida dos pacientes acometidos pela patologia citada”. Acrescente-se que

o medicamento pretendido tem sido ministrado em casos idênticos. Assim, a menina ANA ELISA – nos autos do Processo nº 2005.012250-7 (TJ/MS) – obteve, em acórdão transitado em julgado, determinação de fornecimento do remédio pela Secretaria de Saúde do Estado do Mato Grosso do Sul. Note-se que a entidade pública até ajuizou Suspensão de Segurança (nº 1553) no STJ, contra o deferimento da pretensão, mas o incidente não teve seguimento, por decisão do Ministro Presidente, que determinou a remessa dos autos ao STF. No Pretório Excelso, a Suspensão de Segurança recebeu o nº 2835, mas não chegou a ser analisada no mérito, pois o Estado do Mato Grosso do Sul pediu desistência, que restou homologada. A teor da movimentação processual verificada na internet, houve determinação de cumprimento do acórdão em favor da criança de 7 anos. Outro exemplo, é o do menino BRUNO, também referido nos documentos coligidos pelo Ministério Público, com a mesma doença rara de que é portadora a jovem CLARICE e que precisa fazer uso do medicamento por prescrição médica. Esse quadro mostra que há prova pré-constituída de que a jovem CLARICE é portadora da doença Niemann-Pick

Tipo C; de que a medicação buscada (miglustat) é considerada pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, ao menos, aumentar as chances de vida do paciente com uma certa qualidade; de que tem sido ministrado em outros pacientes, também em decorrência de decisões judiciais. O alto custo do remédio (mais de R\$ 52.000,00/mês), comparado com a profissão exercitada por seus pais (professores universitários), faz manifesta a impossibilidade de aquisição com recursos próprios, de onde emerge a responsabilidade solidária dos três entes da Federação pelo fornecimento necessário à garantia de vida, com alguma dignidade, da jovem CLARICE. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é mais que evidente, haja vista a gravidade da moléstia e a seriedade dos progressivos efeitos, que precisam ser contidos, e a contenção encontra uma chance no ministério da medicação em comento.

É importante destacar aspectos relevantes do caso: são R\$52.000,00 p/mês, mas ante um quadro de falta de opção, não atenderia à idéia de justiça, condenar-se a jovem a uma vida de sofrimento e a uma

redução de sua sobrevivência, em função de um valor plenamente absorvível em país de D.R.U tão elevada.

Outro caso relevante é o que segue, objeto de decisão do Juiz de 1º. Grau e de confirmação pelo TRF em sede de pedido de suspensão de liminar, negada por mim, mantida pelo Pleno da Corte em sede de agravo e confirmada pelo STF em 2º. Pedido de suspensão. Observe-se a questão, que envolve não apenas saúde, mas direito à vida, cuja ementa se segue (**AGRAVO em SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3556 CE** (2005.05.00.004629-2/02):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO (DE RECONSIDERAÇÃO) INDEFERITÓRIA DE PEDIDO SUSPENSIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI Nº 8.437/92. MP Nº 2.180-35/2001. CRIANÇA PORTADORA DE MAPLE SYRUP URINE DISEASE

(MSUD) OU DOENÇA DE URINA DO XAROPE DE BORDO (DUXB). DEFICIÊNCIA NA METABOLIZAÇÃO DE AMINOÁCIDOS. TRANSPLANTE DE FÍGADO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. FUNDAMENTALIDADE. INEXISTÊNCIA DE INSTITUIÇÃO BRASILEIRA APTA A REALIZAR O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COMPLETO COM MANEJO METABÓLICO. CONSTATAÇÃO FUNDADA NAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA ÚNICA UNIDADE DE SAÚDE INDICADA PELO ENTE PÚBLICO COMO CAPACITADA À CIRURGIA. DISTINTIVO.

1. *Agravo interposto contra decisão da presidência que, em juízo de reconsideração, indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da sentença, que, prolatada em sede de ação civil pública, determinou à União a adoção das providências necessárias à viabilização do tratamento de menor nos Estados Unidos da América, financiando específico transplante*

hepático e custeando deslocamento e estadia da criança e de um dos pais.

2. *A concessão de suspensão de liminar ou de sentença, nos termos do art. 4º, da Lei nº 8.437/92, com as alterações da MP nº 2.180-35/2001, apenas é admitida em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para impedir grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, cabendo ao ente postulante a demonstração inequívoca dessas condições. Destarte, trata-se de medida excepcional, de procedimento sumário e de cognição incompleta, justificada pela seriedade das conseqüências derivadas, no âmbito da qual não se efetua exame de mérito em relação à lide originária, mas apenas uma aferição da plausibilidade das razões deduzidas pelo requerente, associada à verificação da possibilidade lesiva das esferas significativas enumeradas na norma jurídica legal (ordem pública, saúde pública, segurança pública e economia pública), com a perscrutação da urgência da providência requestada. Em síntese, deve-se lançar olhos ao perfazimento dos pressupostos específicos – o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* –, particularizados esses requisitos, ainda mais, no instrumento, pela delimitação do*

universo a ser considerado diante da mácula expressiva a ser obstada. “Essa orientação, contudo, não deixa de admitir um exercício mínimo de deliberação do mérito, sobretudo por ser medida de precautela, vinculada aos pressupostos de plausibilidade jurídica e do perigo da demora, que devem estar presentes para a concessão das liminares” (trecho do voto do Ministro Edson Vidigal, no AgRg na Suspensão de Liminar nº 57/DF, j. em 01.07.2004, publ. em DJ de 06.09.2004).

3. *Nos termos da Norma Constitucional (arts. 5º, 6º, 196 e 227), o direito à saúde é marcado por sua “fundamentalidade”, considerando-se mesmo que sua garantia é expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos, do qual os demais direitos extraem sentido. Analisando o conceito de “fundamentalidade”, J J Gomes CANOTILHO concebe-o sob duas perspectivas: a “fundamentalidade formal”, correspondente à institucionalização, à localização de direitos reputados fundamentais no ápice da pirâmide normativa, com as conseqüências, desse fato, derivadas – demarcação das possibilidades do ordenamento jurídico e vinculatividade dos poderes públicos –, e a “fundamentali-*

dade material”, identificadora dos direitos fundamentais a partir do seu conteúdo “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”, permissiva do reconhecimento de outros direitos não expressamente tipificados no rol constitucional, mas equiparáveis em dignidade e relevância aos direitos formalmente constitucionais (“norma de fattispecie aberta”). Em ambas as visões, exsurge a magnitude da essencialidade, embora seja patente a maior significância compreensiva da segunda. “No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (José Afonso da Silva). Os direitos fundamentais cumprem, nessa contextura, determinadas funções: exigem prestações do Estado, protegem diante do poder público e de terceiros, fomentam a paridade entre os indivíduos, designam os alicerces sobre os quais se constrói e se orienta o ordenamento jurídico (“eficácia irradiante”). Têm força, ao mesmo tempo, por assim dizer, de princípio e de regra.

4. *Segundo relato médico, o menor é portador de uma doença chamada Maple Syrup Urine Disease (MSUD) ou Doença de Urina do Xarope de Bordo (DUXB), que se caracteriza pela deficiência na metabolização dos aminoácidos valina, isoleucina e leucina, já tendo passado, em razão da enfermidade, algum tempo na UTI pediátrica, com piora do quadro de convulsões e do estado comatoso. Também segundo a descrição médica, a despeito do relativo bom controle bioquímico, a criança já apresenta retardo do desenvolvimento neuropsicomotor e convulsões controladas com o uso de anticonvulsivante, de modo que o transplante apresenta-se como alternativa de tratamento viável e que pode resultar na correção definitiva da condição de saúde. Em continuação, o médico destaca que a realização de transplantes hepáticos em crianças no Brasil é realidade já estabelecida, com referenciais profissionais importantes, mas que a particularidade da doença que acometeu a criança faz com que o tratamento que a ela deva ser aplicado se afaste da modalidade comum de transplante de fígado. Sobre isso, registra: “De um modo geral os procedimentos envolvidos no transplante de fígado de um paciente com doença metabólica*

não diferem daquele de outros pacientes não-metabólicos. A diferença fundamental é que na DUXB a descompensação metabólica pode ocorrer a qualquer momento tendo potencial de gerar danos neurológicos e até mesmo colocar o paciente em situação de risco de óbito”. Assim, o profissional médico destaca que o grande impedimento à execução do procedimento no Brasil é a ausência de “experiência no manejo metabólico desse tipo de paciente”. Em outros termos, para o tipo de doença da criança, exige-se, como tratamento, o transplante de fígado com manejo metabólico, sendo que no Brasil apenas se pode realizar o transplante de fígado, não havendo instituições capacitadas ao manejo do metabolismo. Esse “manejo metabólico” requer a existência de um protocolo que compreenda “medidas pré, trans e pós cirúrgicas”, bem como a disponibilidade de equipamentos de dosagem rápida de aminoácidos com funcionamento vinte e quatro horas, a presença de profissional treinado na área de interpretação dos resultados, a disponibilidade de uma solução parenteral especial para descompensação e o conhecimento na sua utilização. É importante realçar que o médico, geneticista clínico do Hospital das Clínicas de Porto Alegre, ao indi-

car, como mais racional e seguro, que o paciente se submetesse ao tratamento no exterior, reconheceu, explícita e responsavelmente, a inabilidade para a realização do procedimento em território nacional.

5. A União se insurge contra a pretensão de realização do transplante hepático específico nos EUA, afirmando que existe instituição de saúde brasileira capacitada à realização do procedimento, qual seja o Hospital das Clínicas de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

6. O único hospital que a União indica, como capacitado à realização do procedimento médico, assevera que nunca realizou esse tipo de transplante; que não tem sequer um protocolo específico; que seria necessário mandar um membro da equipe médica para ser treinado no exterior; que não possui o indispensável equipamento, com funcionamento vinte e quatro horas, para o monitoramento de aminoácidos da criança (exceto um muito velho que atende outras demandas); e que não consegue obter nem mesmo a cotação do custo da solução parenteral de controle. Assim, não restaram atendidas as exigências do art. 9º, do Decreto nº

2.268/97, que regulamentou a Lei nº 9.434/97.

7. É evidente a todos os olhos, ainda que não versados na área de saúde, que não é possível estabelecer um protocolo adequado para uma doença com essas características em 60 (sessenta) dias, bem como que uma semana de treinamento no exterior para o manejo de aminoácidos não é suficiente para dar a capacitação necessária e que a aquisição da máquina exigirá procedimento administrativo demorado. De igual modo, se não se consegue nem mesmo cotar a solução parenteral, o que se dirá de sua manipulação, destacando-se que a prescrição incorreta pode levar ao óbito.

8. A urgência na realização do procedimento médico é patente, em vista de que, quanto mais cedo for implementado, menores serão as sérias seqüelas. Não passam despercebidas, nesse ponto, as crises de descompensação metabólica pelas quais tem passado a criança e que afetam a sua integridade, causando-lhe retardo no desenvolvimento neuropsicomotor.

9. Outro aspecto destacado pela União é que o valor do transplante pelo SUS seria de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais), enquanto o mesmo tra-

tamento no exterior estaria orçado em U\$ 200,000 (duzentos mil dólares). Contudo, observa-se dos documentos juntados que o menor já conseguiu um desconto da instituição médica de 45%, além de ter sido beneficiado com uma doação efetivada por uma fundação americana de U\$ 25,000 (vinte e cinco mil dólares), o que baixaria as despesas com o transplante para U\$ 75,000 (setenta e cinco mil dólares). Vem então, a União, e sustenta que os U\$ 75,000 não incluiriam as despesas associadas ao pós-operatório. Ocorre que essa assertiva também é válida para o preço que ela apresenta, porquanto nos R\$ 52.000,00 não estão incluídos os custos com o manejo metabólico, mesmo porque não se consegue sequer cotar a solução parenteral e ainda se fala na aquisição de equipamento e em treinamento de pessoal.

10. Maior ofensa à economia pública parece se materializar com a não realização do procedimento médico, de logo, em vista do tipo de alimentação (MSUD Maxxamaid) de que necessita o menor e que faz com que os cofres públicos disponibilizem cerca de R\$ 1.400,00 a cada três dias, sendo esse o custo do fornecimento consideradas a unidade do medica-

mento e sua durabilidade. Sublinhe-se que a tentativa de controle da enfermidade, não realizado o transplante (que inclui etapas prévias e posteriores), é levada a efeito através do ministério dessa alimentação especial, de sorte que a ela o menor ficará vinculado por toda a vida ou até que sobrevier a morte. Assim, enquanto o Estado se recusa a financiar a cirurgia no exterior, continua arcando com as despesas de aquisição do suporte nutricional e o menor sofre crises de descompensação metabólica ocasionadas pela elevação dos aminoácidos que podem provocar retardo mental, coma e morte. De outro lado, procedendo-se ao transplante, a família assume o risco relacionado ao seu êxito, ao passo que o ente público se eximirá de custear a dieta especial com a recuperação da saúde da criança.

11. Não há que se falar em fuga ao regime do precatório, característico das execuções contra a Fazenda Pública, quando se está diante de obrigação de fazer, evidenciada pelo caráter mandamental da sentença.

12. Pelo não provimento do agravo.

Nessa mesma linha, poder-se-iam citar, dentre outros, do STF, o AI-AgR 486818/RJ, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 12.04.2005 pela 2ª. Turma daquela Corte; e, RE-AgR 534908/PE, da relatoria do Ministro Cesar Peluso, julgado em 11.12.2007, também pela 2ª. Turma.

3.2 No caso referenciado, fundamentei a decisão mantendo a adequada medida concedida pelo MM Juiz da Seção Judiciária do Ceará:

Reza a Constituição Federal brasileira de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Omissis

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

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

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecidos os seguintes preceitos:

Omissis

Nos termos da Norma Constitucional, portanto, o direito à saúde é marcado por sua “fundamentalidade”, considerando-se mesmo que sua garantia é expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos, do qual os demais direitos extraem sentido.

*Analisando o conceito de “fundamentalidade”, J J Gomes CANOTILHO (s/d, p. 377) concebe-o sob duas perspectivas: a “fundamentalidade formal”, correspondente à constitucionalização, à localização de direitos reputados fundamentais no ápice da pirâmide normativa, com as conseqüências, desse fato, derivadas — demarcação das possibilidades do ordenamento jurídico e vinculatividade dos poderes públicos —, e a “fundamentalidade material”, identificadora dos direitos fundamentais a partir do seu conteúdo “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”, permissiva do reconhecimento de outros direitos não expressamente tipificados no rol constitucional, mas equiparáveis em dignidade e relevância aos direitos formalmente constitucionais (“norma de *fattispecie* aberta”). Em ambas as visões, exsurge a magnitude da essencialidade, embora seja patente a maior significância compreensiva da segunda. “No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materi-*

almente efetivados” (SILVA, 2001, p. 182.). Os direitos fundamentais cumprem, nessa contextura, determinadas funções: exigem prestações do Estado, protegem diante do poder público e de terceiros, fomentam a paridade entre os indivíduos, designam os alicerces sobre os quais se constrói e se orienta o ordenamento jurídico (“eficácia irradiante”). Têm força, ao mesmo tempo, por assim dizer, de princípio e de regra. Revelam pretensões subjetivas e correspondem a valores fundadores da ordem jurídica coletiva (SARMENTO, 2003, pp. 251-314). Como assevera Gilmar Ferreira MENDES (2001): “Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva”.

Sublinhe-se que a análise do caso concreto não pode se afastar desse quadro teórico.

Assim, o Estado é obrigado a garantir a todos o acesso à saúde, prestando os correlatos serviços diretamente ou através de terceiros, sejam pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (terceiro setor), eventualmente subsidiadas com recursos estatais, sejam particulares, que, desempenhando sua atividade profissional mediante remuneração, sejam ressarcidos pelo

erário público, por sua atuação complementar integradora.

No adimplemento dessa obrigação, não se discute que à Administração Pública caiba a indicação dos tratamentos e dos remédios a serem prestados à população, com vistas à efetivação do direito à saúde. É, por certo, decisão que se insere no âmbito próprio da política nacional de saúde definida pelo ente estatal e que se apresenta como mecanismo igualador dos administrados. Ademais, em havendo recursos estruturais, humanos e de medicação em território nacional, não se justifica que o Estado seja obrigado a custear processos curativos no exterior, o que representaria inviabilizar o sistema de saúde, seja em razão do desestímulo às instituições nacionais, seja em função da fuga do dinheiro público ao estrangeiro.

Nesse sentido, há o recente precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa se transcreve:

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: AGSS - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA – 1467 Processo: 200500162295 UF: DF Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL

Data da decisão: 16/02/2005
Documento: STJ000597368 *Fon-*
te DJ DA-
TA:21/03/200.PÁGINA:196
Relator(a) EDSON VIDIGAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Nilson Naves.

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. UNLÃO. TRANSPLANTE DE ÓRGÃO NO EXTERIOR.

ALEGADA LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA E À SAÚDE PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR.

1. Cabe à Administração fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população, sempre com vistas a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias, em território nacional. Questão relativa a matéria de Política Nacional de Saúde. Risco de lesão à ordem pública administrativa configurado.

2. A determinação contra lei que obriga o Estado brasileiro a fornecer todas as condições para que a agravante/requerida faça cirurgia de elevado custo no exterior, havendo quem a faça no país, tem potencial de lesionar a saúde pública, constituindo-se precedente para um número indefinido de outras situações semelhantes.

3. Regimental não provido.

Cuidava-se, no caso concreto representado por esse precedente jurisprudencial, de mandado de segurança impetrado com vistas à “liberação de recursos necessários à efetivação de transplante de intestino nos Estados Unidos da América, mais precisamente no Clarian Health Partners, Inc, situado na cida-

de de Indianápolis, Estado de Indiana”, tendo argumentado a impetrante que “sofre de pseudo-obstrução intestinal idiopática e que o transplante realizado no Brasil é realizado em caráter experimental, com chance de óbito de 100% (cem por cento)” (trechos do voto do Ministro Relator). Foi ressaltado que “é triste, mas ainda não há condições de oferecer a medicina de ponta prestada por instituições médicas estrangeiras, a todos que alegam que os tratamentos oferecidos internamente não alcançam os mesmos níveis de cura” (excerto do voto em comento). Frise-se, pois, que, naquela situação específica, havia instituição médica brasileira realizadora do tipo de procedimento almejado, embora os resultados por ela obtidos se revelassem aquém dos alcançados por estabelecimentos estrangeiros. Caso totalmente diverso é aquele no qual se demonstra a inexistência de nosocômio nacional que realize a intervenção cirúrgica buscada.

Da Segunda Turma do STJ, em precedente mais antigo, colhe-se:

*Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 338373
Processo: 200100973236 UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA
Data da decisão: 10/09/2002*

Documento: STJ000476928 Fonte DJ DATA:24/03/2003 PÁGINA:194 Relator(a) ELIANA CALMON

Decisão

Prosseguindo-se no julgamento após o voto-vista do Ministro Franciulli Netto, acompanhando a divergência, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso, nos termos do voto da Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão. Vencidos a Ministra-Relatora e o Ministro Francisco Peçanha Martins. Votaram com a Ministra Laurita Vaz os Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina.

Ementa

ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. INDICAÇÃO MÉDICA. URGÊNCIA. RISCO DE VIDA. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS NO PAÍS. SOLICITAÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO. SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO. GASTOS PARTICULARES. RESSARCIMENTO DAS

DESPESAS PELO ESTADO. CABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO. ART. 45 DA LEI N.º 3.807/60; ART. 6º DA LEI N.º 6.439/77; ARTS. 58, § 2º, E 60 DO DECRETO N.º 89.312/84. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar equivaleria a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa.

2. A regra da exigência de prévia autorização é excepcionada quando por razão de força maior. Inteligência do art. 60 do Decreto n.º 89.312/84.

3. Não se admite que Regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes, porquanto implicaria simplesmente negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal, nos seus arts. 5º, caput, 6º, e 196, e na anterior, no art. 150, sentenciando o paciente à morte.

4. Recurso especial não conhecido.

Nesse outro episódio, tratava-se de criança portadora de leucemia linfóide aguda, a quem os médicos prescreveram, como medida necessária e urgente, a realização de transplante de medula óssea. Segundo menciona a Ministra Relatora para o acórdão, em seu voto, sendo a irmã da paciente a doadora compatível, a família se dirigiu ao Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná, “à época único centro capacitado no Brasil, onde receberam do Dr. Ricardo Pasquini, Coordenador da Unidade de Transplante de Medula Óssea, o mesmo diagnóstico anterior, dando conta da intensa agressividade da doença, indicando como única opção de tratamento o aludido transplante, bem como a informação de que, a despeito de o Hospital estar habilitado para o procedimento cirúrgico, havia uma grande demanda e longa lista de espera, razão pela qual não se poderia garantir que o atendimento pudesse ser realizado em tempo”. Assim, “dada a urgência do tratamento, somente fora do país poderia se tentar a operação” (trecho do voto em referência), tendo a família se desdobrado para reunir os imprescindíveis recursos, frente ao silêncio do Estado, depois dele buscando o ressarcimento. Destarte, era outra a situação que se apresentava

nesse caso: havia instituição de saúde habilitada no Brasil à realização do procedimento médico, mas, em face da urgência, não era possível esperar. Como destacou a Ministra Relatora “estavam esgotadas todas as possibilidades de atendimento no país”. Conseqüentemente, o órgão julgador do STJ manteve o acórdão do TRF/4ª Região que entendeu devido a reparação pelas despesas efetuadas no estrangeiro.

Embora os precedentes citados digam de casos diferentes do presentemente apreciado, penso que estabelecem as balizas a serem observadas na solução do conflito, considerado esse em sua especificidade. Ressalto que em situações desse jaez, a apreciação é casuística, não havendo uma regra geral que se imponha.

Segundo consta do documento de fl. 110/118, o menor é portador de uma doença chamada Maple Syrup Urine Disease (MSUD) ou, em português, Doença de Urina do Xarope de Bordo (DUXB), que se caracteriza pela deficiência na metabolização dos aminoácidos valina, isoleucina e leucina, já tendo passado, em razão da enfermidade, algum tempo na UTI pediátrica, com piora do quadro de convulsões e do estado comatoso. Também segundo o relato do médico que subscreve o

documento, a despeito do relativo bom controle bioquímico, a criança já apresenta retardo do desenvolvimento neuropsicomotor e convulsões controladas com o uso de anticonvulsivante, de modo que o transplante apresenta-se como alternativa de tratamento viável e que pode resultar na correção definitiva da condição de saúde. Em continuação, o médico destaca que a realização de transplantes hepáticos em crianças no Brasil é realidade já estabelecida, com referenciais profissionais importantes, mas que a particularidade da doença que acometeu a criança faz com que o tratamento que a ela deva ser aplicado se afaste da modalidade comum de transplante de fígado. Sobre isso, registra: “De um modo geral os procedimentos envolvidos no transplante de fígado de um paciente com doença metabólica não diferem daquele de outros pacientes não-metabólicos. A diferença fundamental é que na DUXB a descompensação metabólica pode ocorrer a qualquer momento tendo potencial de gerar danos neurológicos e até mesmo colocar o paciente em situação de risco de óbito”. Assim, o profissional médico destaca que o grande impedimento à execução do procedimento no Brasil é a ausência de “experiência no manejo metabólico desse tipo de paciente”. Em ou-

tros termos, para o tipo de doença da criança, exige-se, como tratamento, o transplante de fígado com manejo metabólico, sendo que no Brasil apenas se pode realizar o transplante de fígado, não havendo instituições capacitadas ao manejo do metabolismo. Esse “manejo metabólico” requer a existência de um protocolo que compreenda “medidas pré, trans e pós cirúrgicas”, bem como a disponibilidade de equipamentos de dosagem rápida de aminoácidos com funcionamento vinte e quatro horas, a presença de profissional treinado na área de interpretação dos resultados, a disponibilidade de uma solução parenteral especial para descompensação e o conhecimento na sua utilização. É importante realçar que o médico, geneticista clínico do Hospital das Clínicas de Porto Alegre, ao indicar, como mais racional e seguro, que o paciente se submetesse ao tratamento no exterior, reconheceu, explícita e responsavelmente, a inabilidade para a realização do procedimento em território nacional.

A União sustenta a imprescindibilidade de suspensão dos efeitos da sentença guerreada, opondo-se à realização dos procedimentos médicos no exterior – especificamente no Pittsburgh Children’s Hospital – Thomas E. Starzl Transplantation Institute in Pittsburgh, na Pensilvânia, Estados Unidos da América –, por entender que há instituição médica nacional capacitada à realização da intervenção cirúrgica de que necessita ARTUR BUCAR LAGES NOGUEIRA SANTOS, menor que conta, atualmente, com três anos de idade. Indica, o ente público, como possuindo qualificação para tanto, apenas o Hospital das Clínicas do Rio Grande do Sul.

Ocorre que, além das considerações médicas acima tecidas, é o próprio Hospital das Clínicas de Porto Alegre (da Universidade Federal do Rio Grande do Sul) que assevera (fls.52/53 – com destaques nossos):

Venbo por intermédio desta informar que o Serviço de Genética Médica do Hospital das Clínicas de Porto Alegre, que atua como Centro de Referência para Diagnóstico e Tratamento de Erros Inatos do Metabolismo há mais de 20 anos e que é reconhecido como Centro Colaborador da OMS, dispõe de estrutura e do pessoal necessário para realizar o acompanhamento de transplante hepático na eventualidade dele ser realizado em nosso hospital em paciente com Doença da Urina do Bordo.

No entanto, cabe ressaltar:

1. Não temos experiência prévia com esse tipo de transplante, sendo recomendável que, na eventualidade desse procedimento ser confirmado para realização em nosso hospital, formemos previamente (preferencialmente com pelo menos 60 dias de antecedência em relação ao procedimento) um grupo de trabalho multidisciplinar para montar o protocolo e minimizar os riscos envolvidos; a possibilidade de um membro dessa equipe ir ao exterior para visitar centros que já tem experiência no procedimento deve ser fortemente considerada; uma viagem com duração de uma semana deve custar, incluindo passagem e diárias ao redor de 3.000 dólares americanos.

2. Do ponto de vista do manejo metabólico, é essencial o monitoramento contínuo dos níveis plasmáticos dos aminoácidos durante várias semanas; como dispomos de apenas um equipamento para análise de aminoácidos, já com vários anos de uso, é altamente recomendável a aquisição de um segundo aparelho, para a eventualidade de ocorrer uma pane, o que comprometeria todo o esforço; o custo desse equipamento é de 38.250 dólares americanos (...); além de dar segurança ao procedimento, esse segundo equipamento tornaria o serviço apto de modo permanente para atender à demanda subsequente por transplantes para essa e outras doenças metabólicas;

3. Em relação a outros custos associados, deve ser considerada a necessidade da administração de uma solução parenteral especial, isenta dos aminoácidos de cadeia ramificada; não conseguimos obter uma cotação relativa a esse custo, mas acreditamos que não seja exagerado.

Ora, o único hospital que a União indica, como capacitado à realização do procedimento médico, as-

severa que nunca realizou esse tipo de transplante; que não tem sequer um protocolo específico; que seria necessário mandar um membro da equipe médica para ser treinado no exterior; que não possui o indispensável equipamento, com funcionamento vinte e quatro horas, para o monitoramento de aminoácidos da criança (exceto um muito velho que atende outras demandas); e que não consegue obter nem mesmo a cotação do custo da solução parenteral de controle. É evidente a todos os olhos, ainda que não versados na área de saúde, que não é possível estabelecer um protocolo adequado para uma doença com essas características em 60 (sessenta) dias, bem como que uma semana de treinamento no exterior para o manejo de aminoácidos não é suficiente para dar a capacitação necessária e que a aquisição da máquina exigirá procedimento administrativo demorado. De igual modo, se não se consegue nem mesmo cotar a solução parenteral, o que se dirá de sua manipulação, destacando-se que a prescrição incorreta pode levar ao óbito. Portanto, penso que a União não trouxe qualquer

alternativa para a realização do transplante no Brasil. Não poderia, assim, deixar de custear as despesas onde ele é exequível. Não se olvide a regra inserta no Decreto nº 2.268, de 30.06.1997, que regulamentou a Lei nº 9.434, de 04.02.1997:

Art. 9º Os estabelecimentos de saúde deverão contar com serviços e instalações adequados à execução de retirada, transplante ou enxerto de tecidos, órgãos ou partes, atendidas, no mínimo, as seguintes exigências, comprovadas no requerimento de autorização:

Omissis

IV – disponibilidade de pessoal qualificado e em número suficiente para desempenho de outras atividades indispensáveis à realização dos procedimentos;

V – condições necessárias de ambientação e infra-estrutura operacional;

VI – capacidade para realização de exames e análises laboratoriais necessários aos procedimentos de transplante;

VII – instrumental e equipamento indispensáveis ao desenvolvimento da atividade a que se propõe.

De outro lado, a urgência na realização do procedimento médico é patente, em vista de que, quanto mais cedo for implementado, meno-

res serão as sérias seqüelas. Não passam despercebidas, nesse ponto, as crises pelas quais tem passado o menor, a teor dos documentos de fls. 135/136, e que afetam a sua integridade, causando-lhe retardo no desenvolvimento neuropsicomotor. Outro aspecto destacado pela União é que o valor do transplante pelo SUS seria de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais), enquanto o mesmo tratamento no exterior estaria orçado em U\$ 200,000 (duzentos mil dólares). Contudo, observa-se dos documentos juntados (fls. 85/86) que o menor já conseguiu um desconto da instituição médica de 45%, além de ter sido beneficiado com uma doação efetivada por uma fundação americana de U\$ 25,000 (vinte e cinco mil dólares), o que baixaria as despesas com o transplante para U\$ 75,000 (setenta e cinco mil dólares). Vem então, a União, e sustenta que os U\$ 75,000 não incluiriam as despesas associadas ao pós-operatório. Ocorre que essa assertiva também é válida para o preço que ela apresenta, porquanto nos R\$ 52.000,00 não estão incluídos os custos com o manejo metabólico, mesmo porque não se consegue sequer cotar a solução parenteral e ainda se fala na aquisição de equipamento e em treinamento de pesso-

al. Afirmon, ainda, a União que “não se furta a oferecer o tratamento adequado ao paciente oferecendo todos os recursos técnicos aos profissionais que possam realizá-lo”, mas que estaria apenas tentando evitar o efeito multiplicador da demanda. Dois são os equívocos. O primeiro relativo ao fato de que não há efetivamente em território nacional instituição de saúde dotada de recursos técnicos e profissionais para o tratamento, consoante anteriormente destacado. O segundo pelo fato de que a alegação de “efeito multiplicador” se dilui diante da observação, anteriormente também consignada nesta decisão, de que a avaliação de situações como a presente é eminentemente casuística, a dizer realizada segundo as especificidades de cada caso que se apresentar. Finalmente, não há que se falar em fuga ao regime do precatório, característico das execuções contra a Fazenda Pública, quando se está diante de obrigação de fazer, evidenciada pelo caráter mandamental da sentença. Registre-se que maior ofensa à economia pública parece se materializar, como diz o Parquet, com a não realização do procedimento médico, de logo, em vista do tipo de alimentação (MSUD Maxamaid) de que necessita o menor e que faz com que os cofres públicos disponibi-

lizem cerca de R\$ 1.400,00 a cada três dias, sendo esse o custo do fornecimento consideradas a unidade do medicamento e sua durabilidade (documentos de fls. 90 e 101). Sublinhe-se que a tentativa de controle da enfermidade, não realizado o transplante (que inclui etapas prévias e posteriores), é levada a efeito através do ministério dessa alimentação especial, de sorte que a ela o menor ficará vinculado por toda a vida ou até que sobrevier a morte. Assim, enquanto o Estado se recusa a financiar a cirurgia no exterior, continua arcando com as despesas de aquisição do suporte nutricional e o menor sofre crises de descompensação metabólica ocasionadas pela elevação dos aminoácidos que podem provocar retardo mental, coma e morte. De outro lado, procedendo-se ao transplante, a família assume o risco relacionado ao seu êxito, ao passo que o ente público se eximirá de custear a dieta especial com a recuperação da saúde da criança. Não vislumbro, portanto, as violações apontadas pela União. Com essas considerações, reformo a decisão de fls. 57/60, para indeferir o pedido de suspensão dos efeitos da sentença. Oficie-se ao juízo responsável pela execução.

Neste caso, prevaleceu na ponderação de valores, o princípio da proteção à saúde e a vida e se houve bem a Justiça como um todo. O menor foi submetido a delicada cirurgia, sobreviveu e hoje passados mais de cinco anos, costuma mandar cartões em datas festivas como o natal.

Observe-se um último caso, a *Apelação / Reexame Necessário* Nº 21235 RN (0001077-36.2010.4.05.8401):

EMENTA: PROCES-SUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO METILFENIDATO (RITALINA) PARA FINS DE TRATAMENTO DOS PORTADORES DE TRANSTORNO DE DÉFICIT DE ATENÇÃO E HIPERATIVIDADE (TDAH). LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DO ESTADO-MEMBRO. SOLIDARIEDADE NAS AÇÕES DE SAÚDE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PERÍCIA ACER-

CA DA EFICIÊNCIA DO REMÉDIO. DESNECESSIDADE. SUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. COMPROVAÇÃO DA ADEQUAÇÃO E DA EFICIÊNCIA DO MEDICAMENTO AO CUIDADO DO PACIENTE PORTADOR DO TRANSTORNO. MANIFESTAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. REGISTRO NA ANVISA E COMERCIALIZAÇÃO NO PAÍS (NÃO SE CUIDA DE TRATAMENTO EXPERIMENTAL). RESERVA DO POSSÍVEL. REPERCUSSÃO ECONÔMICA E ENTRAVES BUROCRÁTICOS E OPERACIONAIS. MENSURAÇÃO CONSIDERADO O DIREITO À SAÚDE, CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO, MARCADO PELA FUNDAMENTALIDADE. DESPROVIMENTO.

1. *Remessa oficial manejada e apelações interpostas contra sentença de procedência do pedido de ação civil pública “para determinar à União e ao Estado do Rio Grande do Norte, que for-*

neçam, de forma gratuita e ininterrupta, o medicamento RITALINA (Metilfenidato) a todos os pacientes usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) residentes em Municípios desta Subseção Judiciária que comprovem, por meio de receituário expedido por médico vinculado ao SUS, a necessidade de tratamento do Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH), ainda que necessite ser importado e/ou não conste da lista oficial do Ministério da Saúde”.

2. *A União, juntamente como Estado do Rio Grande do Norte, têm legitimidade ad causam para figurar no polo passivo da presente ação civil pública. “A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles” (STJ, Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 842866/MT, j. 12 jun. 2007, Diário da Justiça 3 set. 2007, p. 127). 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 univer-*

sal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 da CF/88). A promoção, a proteção e a recuperação da saúde, prerrogativa jurídica indisponível, é dever do Estado, compreendidos no termo todos os entes políticos que compõem a organização federativa.

3. *Não houve cerceamento do direito de defesa da União, porquanto a perícia por ela requerida, para fins de apuração da eficiência da utilização do medicamento requestado, é desnecessária, considerados os documentos reunidos aos autos. Importante que se diga, quanto aos efeitos adversos registrados na bula do remédio, que a invocação deles, por si apenas, não é suficiente a demonstrar a imprescindibilidade de realização da prova pericial, já que a maior parte dos medicamentos traz nas correspondentes bulas os efeitos adversos capazes de ocasionar. Ademais, o acolhimento da postulação autoral não se constitui em autorização para uso abusivo ou para o fornecimento indiscriminado do medicamento a todo e qualquer paciente, mas apenas àqueles para os quais há indicação médica da necessidade farmacológica específica, tendo o Julgador a quo o cuidado de enfati-*

zar que essa indicação deve ser exarada por médico do SUS.

4. Os documentos reunidos nos autos demonstram a adequação e a eficiência do remédio para o tratamento do transtorno em questão, qualificado, pela Associação Brasileira de Psiquiatria, nos seguintes termos: “Sua prevalência é significativa: atinge de 4% a 12% das crianças em idade escolar e 5% dos adultos. E está relacionada a uma elevada taxa de comorbidade psiquiátrica, principalmente transtorno desafiador opositivo, transtorno de conduta, transtorno de humor e de ansiedade, e tabagismo e abuso de substâncias. O custo social do TDAH não tratado ao longo da vida é considerável, e inclui baixo aproveitamento acadêmico, problemas de conduta, subemprego, acidentes automobilísticos, problemas de relacionamento. A presença de TDAH dobra o risco para o desenvolvimento de abuso/dependência de substâncias ao longo da vida, e ambos os transtornos influenciam-se mutuamente, o que traz implicações para o diagnóstico, o prognóstico e o tratamento de ambos os transtornos. Intervenções farmacológicas e cognitivo-comportamentais ora em uso constituem um tratamento efetivo e ajudam os pacientes a superar os obstáculos em direção a um funcio-

namento normal”. É da própria Associação Brasileira de Psiquiatria a afirmação da indicação clínica do medicamento ao TDAH, inclusive com aprovação da Food and Drug Administration (FDA/EUA). O Ministério da Saúde, outrossim, destaca que o medicamento está registrado na ANVISA (está sendo comercializado no Brasil) e “não há alternativa terapêutica para ele neste âmbito”, não se tratando, destarte, de tratamento experimental.

5. Sobre a cláusula da reserva do possível, invocada pelo recorrente, é de se destacar a leitura que o STF a ela tem atribuído: “CONTROVÉRSIA PERTINENTE À ‘RESERVA DO POSSÍVEL’ E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante

opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras 'escolhas trágicas', em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições

adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadas da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coleti-

vos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados” (2T, ARE 639337 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/08/2011).

6. *In casu, além de não ter sido demonstrada a carência de recursos financeiros a investir no fornecimento do medicamento em questão, cuja caixa custa em média R\$156,00, os entraves burocráticos (salvo os legalmente impostos, frise-se, como os alusivos aos procedimentos licitatórios, exempli gratia) e estruturais (como a ausência de lugar de estocagem do medicamento) não podem ser opostos como forma de privar a população de ter acesso ao remédio.*

7. *Desprovi-
mento da remessa oficial e das apelações.*

O que pode se extrair desse exemplificativo rol de casos referentes à prestação de serviços ou fornecimento de medicamentos na área de saúde é a necessidade de se ter um exame de cada caso, fazendo com que a razoabilidade seja o principal orientador da decisão tópica do Julgador. Nenhum dos parâmetros genéricos e teóricos apontados pela doutrina, na prática tem pertinência como regra. De extrema pertinência lição de Eros Roberto Grau (2005, p.48):

Os conflitos e as oposições entre princípios são conflitos entre normas. A superposição entre regra e norma, de um lado, e princípio, do outro, só pode resultar de uma contestação do positivismo a Dworkin, de incompreensão ou do desiderato de confundir. A tensão entre princípios é própria do sistema jurídico, sempre, desde sempre tem sido assim. O que torna complexa a compreensão dessa circunstância é o fato de o pensamento tradicional ensinar que o direito é dotado de uma universalidade plena (ele é abstrato e geral), na qual não

cabem exceções. Mas é, precisamente o inverso que se dá. A inserção do direito no mundo da vida, mediante sua interpretação/aplicação, opera-se em plano que não se pode particularizar senão mediante a exceção, caso a caso. Os mais velhos já o haviam percebido.

A judicialização dessas questões leva sempre a uma difícil solução. De um lado, quando verdadeiras, situações graves, de exposição de pessoas à deterioração de saúde, de condições e qualidade de vida, e até mesmo risco de morte.

O STF já procurou traçar esse norte⁸. O fez, inclusive

com a realização de audiências públicas. Ocorre, entretanto

pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 45. Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo, escreveu o ministro. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal. Para Ada Pellegrini Grinover, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, esses limites, desde que observados pelo Judiciário, são suficientes para evitar excessos. A professora participou no último sábado (8/8) do 3º Congresso LFG de Estudos de Casos Jurídicos, que aconteceu em São Paulo. (www.conjur.com.br, de agosto/2009). Segundo ela, não há dúvidas de que a inclusão de um remédio na lista oferecida pelo SUS é um pedido razoável, usando como exemplo decisão da ministra Ellen Gracie, de junho de 2007. Para a ministra, o fato de um remédio não estar incluído em programa de distribuição de medicamentos não pode comprometer o direito à saúde. Ela determinou que os estados do Rio Grande do Norte e do Amazonas fornecessem remédios que não constam no Programa de Medicamentos Excepcionais, do Ministério da Saúde.

⁸ Diz-se: Existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrazoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas. Esses parâmetros para a intervenção do Judiciário em políticas públicas foram traçados em voto do ministro Celso de Mello,

que, diante do caso concreto, a única solução efetivamente justa é a ponderação de princípios, como o direito a saúde e à vida e a reserva do possível.

Tratamentos efetivamente imprescindíveis frente a utilizações do Judiciário como instrumento para a obtenção de medicamentos e tratamentos desnecessários, ou postergáveis frente a outros valores. Tudo isso, somente no exame do caso concreto, com a efetiva ponderação se obterá. Só com a adequada concretude se obterá a efetiva justiça, atendendo à Constituição,⁹ pois como bem destaca o ministro Celso de Mello em julgado paradigmático:

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode

⁹ Sobre essa matéria, excelente rol de indicações bibliográficas e de jurisprudência temática encontra-se em: Saúde Pública – Bibliografia, legislação e jurisprudência temáticas. Brasília: subsecretaria de documentação do STF, abril de 2009, também encontrável no sítio eletrônico daquela corte (www.stf.jus.br)

*mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. (destaque no original).*¹⁰

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5a ed. Lisboa, Almedina, s/d.

DIAS, Maria Teresa Fonseca; PASSOS, Carolina Pagani. O controle das políticas públicas

¹⁰ RE-AgR 271286/RS, julg. Em 12.09.2000, disponível no sítio : www.stf.jus.br (inclusive o inteiro teor).

de saúde, por intermédio de ação civil pública, sob a ótica da jurisprudência mineira. *Revista Fórum Administrativo Direito Público*. Belo Horizonte, Ed. Fórum. Ano 09, no.98, abril, 2009.

ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1994, p.149.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo, Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Texto capturado no endereço www.planalto.gov.br, em 30/07/2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos*

Fundamentais. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19a ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2001.