

**DIREITO À SAÚDE: o papel do Supremo Tribunal Federal
diante da obrigatoriedade no fornecimento de remédios
experimentais pelo Sistema Único de Saúde (SUS)**

Luiz Henrique Milaré de Carvalho¹

RESUMO

O trabalho discute a obrigatoriedade do Estado, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), em fornecer gratuitamente medicamentos não constantes no cadastro governamental à luz dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República de 1988. Considera-se, para tanto, que o julgamento recente do Supremo Tribunal Federal no RE 657718, com a imposição de requisitos, seguramente, afetará os usuários do sistema. Tais critérios fixados pelo STF constituem a defesa dos direitos fundamentais individuais ou privilegiam a maioria em seu caráter coletivo? Para a discussão, o método utilizado foi o estudo de caso concreto, com a referência teórica assentada no pensamento de Ronald Dworkin. Explora-se a questão de decisões judiciais da Corte Suprema assentada em critérios eminentemente políticos, em especial, influenciados pelos modelos neoliberais assentados no atual governo.

¹Doutorando do Programa Sistema de Garantias Constitucionais pela ITE Bauru. Mestre pela UFPA. Supervisor do Núcleo de Práticas Jurídicas e Professor de Direito Constitucional da Faculdade Católica Dom Orione de Araguaína-TO. Advogado.

Palavras-chave: Medicamentos. SUS. Direitos fundamentais sociais. Hermenêutica constitucional.

ABSTRACT

The paper discusses the obligation of the State, through the Unified Health System - SUS, to provide free drugs not included in the government registry in the light of the fundamental social rights provided for in the 1988 Constitution of the Republic, considering, for this purpose, the recent judgment of the Supreme Federal Court in RE 657718, with the imposition of requirements that will surely affect the users of the system. Do these criteria set by the STF constitute the defense of individual fundamental rights or do they favor the majority, in its collective character? For the discussion, the method used was the concrete case study, with the theoretical reference based on the thinking of Ronald Dworkin, exploring the issue of judicial decisions of the Supreme Court based on eminently political criteria, especially influenced by the neoliberal models based on the current government.

Keywords: Medicines. SUS. Fundamental social rights. Constitutional hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

Todos os dias, milhares de brasileiros trilham uma sina triste: buscar atendimento de saúde em postos e hospitais espalhados pelo Brasil. São homens, mulheres, crianças e idosos que, de alguma forma, necessitam do Poder Público para se restabelecer de doenças ou acidentes sofridos. Suportam verdadeira *via crucis* à procura de socorro, muitas vezes, sem sucesso. Acabam frustrados, desencadeando um crescente número de ações judiciais para garantir o direito à saúde. Em um cenário ainda mais triste e desolador, existem doenças em que os medicamentos necessários ainda não se encontram disponíveis pelo governo, por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Necessitam da chancela do Poder Público para serem disponibilizados aos usuários, o que, por vezes, leva um tempo considerável, condição que os enfermos não dispõem. De outra ponta, políticos fazem promessas de atendimento pleno e universal da saúde, na caça ao voto, alterando tal entendimento com a vitória nas urnas, sob o argumento de que os recursos orçamentários para tanto são finitos.

Assim, o trabalho discute como objetivo geral a função do Supremo Tribunal Federal diante de tal dilema, quando instado a responder à sociedade pela *judicialização da saúde*, como no Recurso Extraordinário – RE 657718, que aborda o dever do Estado em fornecer remédios ainda não cadastrados na ANVISA, seja por motivo experimental ou por entraves burocráticos (BRASIL, 2019).

Em conclusão, nota-se a viabilidade e os gastos orçamentários do Sistema Único de Saúde como vetor de concretização dos direitos sociais fundamentais, principalmente a partir dos princípios constitucionais previstos na Carta Política de 1988.

2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Na comemoração dos 100 anos da Constituição alemã de Weimar (1919), imperiosa uma séria reflexão sobre o avanço, no campo das conquistas sociais, das concretizações dos direitos consagrados na Carta Política brasileira. Saindo o Brasil de um regime ditatorial militar (1964-1985), por certo a reflexão será o ponto de partida para entendermos o complexo problema, considerando os desmandos daquele período de exceção.

Entretanto, não significa, e apenas por tal motivo, que podemos falar em plena concretização de direitos sociais pelo mero fato de serem elevados ao *status* de normatização constitucional. É necessário o aprendizado com o passado, principalmente diante dos desafios que surgem, em especial quanto à mudança de perspectiva do governo atual, que prega a contenção da crise econômica com reformas de cunho social. É o modelo do Estado Mínimo, com a desregulamentação de setores importantes da sociedade, liberação das regras de mercado, sem intervenção do Estado como tutor dos menos favorecidos.

A reforma da legislação trabalhista ocorrida no final de 2017, assim como a reforma previdenciária são exemplos claros da nova orientação.

E o que se anuncia – e de interesse ao trabalho – é a alegada fragilidade estrutural do sistema de saúde devido aos crescentes gastos com remédios, procedimentos e outros insumos que se tornaram volumosos em face da *judicialização* de demandas exigindo o cumprimento do direito à saúde, considerando como direito fundamental previsto na Constituição de 1988.

Os governos, em todas as esferas, alegam falta de recursos para atender a todas as demandas na área de saúde, como assentado no próprio julgado que se analisa, afetando milhões de pessoas que dependem da ação do Estado para o seu atendimento minimamente satisfatório.

Importante considerar que a classificação do direito à saúde como *fundamental* decorre de longo processo histórico de conquistas individuais e sociais, iniciado ao final do Estado Moderno, chegando até os dias atuais. Com o problema da superpopulação, da degradação do meio ambiente e da corrida armamentista, a humanidade depende do reconhecimento dos direitos dos homens, como resposta exposta por Bobbio (2004), para seu o futuro. Diz o filósofo italiano que o problema do reconhecimento dos direitos do homem *não nasceu hoje*. Remonta ao início da era moderna, desde as teorias *jus-naturalistas*, que pregavam a preocupação com a humanidade e seus direitos (BOBBIO, 2004). Afirma ainda que, a partir

da Segunda Guerra, a questão do reconhecimento dos direitos do homem passou da esfera nacional para a internacional, *envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos* (BOBBIO, 2004).

Dessa forma, estabelecem-se três grandes marcos históricos importantes para o reconhecimento dos direitos humanos, com fonte de irradiação para outros povos: a Declaração Francesa, de 1793; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776; e, por fim, a Declaração da Organização das Nações Unidas, de 1948, logo após o término da Segunda Guerra Mundial. Importante destacar ainda que, no plano internacional, tratados foram estabelecidos e decorreram da polarização da Guerra Fria entre a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e a hegemonia norte-americana (EUA) (NUNES JÚNIOR, 2009). Resulta, assim, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e ainda o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador).

Com a irradiação dos direitos humanos sendo incorporados nas constituições dos Estados, lembrando do pioneirismo da Constituição Mexicana de 1917, estabelece-se o princípio da dignidade humana como fio condutor dos denominados direitos fundamentais, em uma estreita complementariedade e interação entre direitos individuais e direitos sociais (SARLET, 2013).

A temática dos direitos humanos, entendidos como processo de conquista de liberdade, igualdade e fraternidade, é decorrente do conceito de cidadania, criado na obra *Cidadania, Classe Social e Status*, assim descrito Marshall (1958, p. 17):

Estarei fazendo o papel de um sociólogo típico se começar dizendo que pretendo dividir o conceito de cidadania em três partes. Mas a análise é, neste caso, ditada mais pela história do que pela lógica. Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fê, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Marshall dividiu o conceito em três partes: aspecto civil, político e social. Desse modo, temos três gerações (ou

dimensões, como autores colocam)² de direitos. Basicamente a primeira é pautada pela liberdade, com o dever de o Estado observar esse direito de seus membros, com prestações negativas, de modo a não embaraçar ou dificultar o exercício de tal liberdade. O segundo plano, no qual a questão da saúde se revela, consagra-se justamente nos direitos sociais, pensado no conceito de *igualdade entre os indivíduos*. Aqui o Estado (com suas variações modelar, como liberal ou intervencionista) tem o dever de prestar ou impor ações no sentido de garantir ao ser humano seu pleno gozo. Implica, por decorrência, o dever de realizar todos os esforços para concretizar a garantia ao direito à saúde, em uma interação entre as gerações, posto não haver liberdade sem saúde. Por fim, a dimensão da solidariedade advinda no pós-Guerra e calcada em respeito ao meio ambiente e interação entre os povos, de modo a preservar e edificar uma sociedade mais fraterna, principalmente após a barbárie da Segunda Grande Guerra.

No Brasil, as constituições anteriores a 1988 não cuidaram do direito à saúde, sendo apenas esta última a estabelecer a norma no art. 6º, denominada de *direitos sociais*, que assim se expressa: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saú-

²N. E. A expressão dimensões de direitos se refere à ideia de interpelação entre as dimensões, em oposto à terminologia empregada como gerações, em sentido estático e de fim. Nesse sentido, segundo Sarlet (2001, p. 49-50): “[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...]”

de, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, [2019], não paginado). As demais constituições faziam esparsas menções sobre garantias sociais, sem, contudo, estipular expressamente garantias quanto ao direito à saúde. De se registrar que alguns direitos sociais foram garantidos pela Constituição de 1824, quando fazia referência às *Casas de Socorro*, que, sucessivamente, garantem os *socorros públicos*, a instrução primária universal e gratuita e a existência de colégios e universidades (NUNES JÚNIOR, 2009).

No que se refere à terminologia, as expressões *direitos do homem e direitos fundamentais* são, por vezes, empregadas como sinônimo, como bem assenta Canotilho (2015), podendo ser entendido *direitos do homem como direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalistas-universalista)*. Por sua vez, o jurista português diferencia *direitos fundamentais como sendo os direitos do homem, garantidos e limitados espaço-temporalmente* (CANOTILHO, 2015). Daí se difundiu a terminologia de *direitos do homem como direitos humanos*, com o emprego de direitos fundamentais como sendo indispensáveis à vida.

Para Dalmo Dallari (1998), *esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.*

Vidal Serrano (2009), ao cuidar da semântica específica, afirma não ser tarefa simples, principalmente pelo fato de possuírem distinção aos demais direitos, notadamente pela fundamentalidade. Adiante, afirma que *só é possível falar em direitos fundamentais no plano das relações entre as pessoas e destas com o Estado, de modo a se estabelecer o perfil do Estado, na sua forma de ser e atuar.*

Em tal perspectiva e pelo processo evolutivo dos direitos humanos, destaca-se que, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas, com olhos na saúde dos povos, cria a Organização Mundial de Saúde, em 1946, visando *ao completo bem-estar físico, mental, e social, refutando a ideia conceitual de saúde como mera ausência de doenças.* Para tanto, Araújo (1994, p.53-54), em conceito amplo e voltado à integração do conceito de ausência de doenças e bem-estar mental e social, assevera que

O direito à saúde não significa apenas o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.

O legislador constituinte de 1988 consagrou o direito à saúde como direito fundamental. Incorpora a ideia dos direitos humanos na esfera interna de dever do Estado, entende a saúde como condição intrínseca da dignidade humana e ainda como

um dos fundamentos da República do Brasil (art. 1º, III). Com isso, a saúde está entre as necessidades básicas da pessoa humana que devem ser atendidas pelo salário mínimo (artigo 7º, IV), e é competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios promover programas de saúde (art. 23, II) – previsão de suma importância e que se relaciona intrinsecamente às garantias do direito à saúde e aos portadores de deficiência (BRASIL, [2019]).

Na interpretação de todo o sistema, impõe-se discutir a positivação dos direitos sociais em esfera constitucional e sua repercussão para sua realização, envolvendo o direito à saúde, de forma a se concretizar. Vislumbra-se a obrigação do Estado frente à positivação decorrente da vontade do legislador constituinte em ver concretizado tal direito. Nas palavras de Nunes Júnior (2009, p. 18),

Não se pode descurar que os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, concorrendo para demarcar o perfil do Estado que os reconhece e protege. Desse modo, a arquitetura dos direitos fundamentais sociais prenuncia o tipo de Estado e de estrutura socioeconômica que se pretende realizar.

De forma específica, o direito à saúde é previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) como sendo *direito de todos*, bem como ainda *dever do Estado* assegurado por meio de políticas sociais e econômicas que visem à sua devida implementação. Tal direito deve ser norteado pelo

princípio do *acesso universal e igualitário*, com vistas às *ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*. Também a Constituição estabeleceu que cabe *as ações e os serviços públicos de saúde integrarem uma rede regionalizada e hierarquizada e constituírem um sistema único, organizado de forma descentralizada*, conforme mandamento do art. 198 da Carta de 1988 (BRASIL, [2019]).

Impende, dessa forma, que a questão de saúde deve ser tratada de maneira a se concretizar muito além de mera norma de caráter programático³, deve, para tanto, haver destinação de recursos públicos para atender às suas demandas. Ao analisar o texto constitucional, em todo seu complexo traço de sociedade desejada, o legislador inscreve direitos que devem ser realizados, determinando ao Estado prioridade em sua consecução. Chama atenção o fato de que a Carta Política consagra o direito a todos os cidadãos, não havendo qualquer forma de discriminação prevista.

Quanto à destinação específica de recursos criada pela Constituição Federal de 1988, temos a responsabilidade dos entes públicos envolvidos, sendo a coordenação realizada pela União, com recursos via Ministério da Saúde que repassa aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal. Por sua vez, os estados estão incumbidos em criar suas políticas de saúde, destinando, no mínimo, 12% de sua receita, além dos valores

³N. E. A crítica de José Afonso da Silva quanto à classificação feita por Crisafulli referente a normas programáticas, afirmando que as normas constitucionais não são de natureza programática, já que devem gerar efeitos e resguardar direitos, sendo melhor conceituá-las em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida.

repassados pela União. Aos municípios e ao Distrito Federal incumbe assegurar os serviços de atenção básica, em parceria com os estados e a União, com a aplicação de recursos próprios não inferiores a 15% de suas receitas. Resulta de tal destinação na vinculação de verbas do orçamento público para o atendimento do serviço de saúde, inclusive no fornecimento de medicamentos, objeto do estudo.

Tal vinculação, por força de lei, afeta a administração pública, que não mais pode tratar a saúde com viés de discricionariedade, tendo conveniência escolhida apenas pelo gestor; impõe-se uma observância plena, sem viés ideológico ou de mero plano de governo. Em outras palavras, o direito à saúde, por decorrência de destinação orçamentária, bem como da norma constitucional estabelecida e sua hermenêutica própria, gera direito subjetivo individual, com sua perspectiva de judicialização, isto é, poder exigir a intervenção judicial quando não atendido.

3 O JULGAMENTO NO STF E OS REQUISITOS IMPOSTOS NA DECISÃO

Segundo Sueli Dallari e Vidal Serrano, o direito à saúde pertence a um sistema adotado pelo constituinte de 1988, denominado de *seguridade social*, em conjunto com a previdência e a assistência social. Tal mandamento está previsto no art. 194, *caput*, da Carta de 1988. Destacam tais doutrinadores que o legislador estabeleceu uma *fundamentalidade extrínseca*

à saúde. Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 7) mencionam que

Um importante aspecto – aliás, com inúmeros desdobramentos no regime jurídico do direito à saúde – é a chamada fundamentalidade extrínseca do direito à saúde. Em outras palavras, a Constituição Federal alojou formalmente o direito à saúde no catálogo dos direitos fundamentais, fazendo-o por meio do art. 6º da Lei Maior, visto que este a integra em seu Título II, destinado expressamente à disciplina dos Direitos e Garantias Fundamentais.

E, pela iniciativa do legislador, não há de se falar em dignidade humana dissociada de saúde assegurada, em seu amplo conceito. Não teria qualquer eficácia quanto à dignidade se faltasse, por certo, saúde ao indivíduo. Entende-se estrita e indissociável relação entre ambos, completando-se em sentidos e conceitos.

No processo de conquista do direito à saúde e sua *fundamentalidade*, impôs-se ao Estado a responsabilidade em promover e assegurar políticas públicas no sentido estabelecido pelo legislador constituinte. Nos Estados Democráticos de Direito, o estabelecimento de um patamar mínimo de condições de dignidade da vida humana é entendido como o *mínimo existencial*. Esse conceito não está expressamente previsto na Carta de 1988, nem tampouco nas legislações infraconstitucionais, sendo necessária hermenêutica constitucional, de modo que *venham a corroborar com o atendimento das necessidades dos indivíduos* (CEDENHO, 2012).

Nesse sentido, o acesso universal e igualitário ao sistema de saúde se insere no mínimo existencial assegurado a qualquer indivíduo e coloca a não discriminação e a igualdade em condições para que todos tenham proteção do Estado no tocante à saúde. Novamente Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 49) ensinam que

A segunda parte do *caput*, do art. 196 da Constituição Federal preconiza o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, refletindo, nesse ponto, não só a noção de igualdade constante do *caput* do art. 5º, como também a premissa republicana, incorporada ao art. 19, III, também da Lei Maior, segunda a qual se veda a todos os entes da federação “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

E, no tal sistema, o SUS é o encarregado de fomentar a saúde na sociedade brasileira, tendo o princípio basilar da universalidade e da igualdade em seu atendimento, de maneira que todos tenham acesso ao direito fundamental à saúde. Essa nova orientação contrasta com os tempos ditatoriais com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), sistema em que só aqueles que contribuíam *faziam jus ao atendimento estatal na área da saúde, gerando, assim, a segregação de um grande número de pessoas, sobretudo as menos favorecidas (desempregadas...)* que não podiam pagar a contribuição previdenciária (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

Aqui reside a polêmica quanto à função do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Ex-

traordinário RE 657718, quando instado a responder sobre o fornecimento de medicamentos não constantes na lista da ANVISA, vinculada ao Ministério da Saúde. O STF, por força do art. 102 da Constituição Federal de 1988, tem a função de precípua de *guarda*, significando que, diante de todas as instituições, a última *ratio* deve-lhe ser reservada. Implica, dessa forma, que o cidadão deve ter no Poder Judiciário, e, no caso, na sua mais Alta Corte, a possibilidade em buscar sua tutela pretendida. De modo mais direto, deve, diante da clássica divisão de poderes proposta por Montesquieu, aplicar o direito, inclusive para os direitos individuais, atuando contra majoritariamente.

Todavia, o julgamento realizado e suas fundamentações distanciaram-se dessas premissas. Basta que nos atentemos para o fato de que o Tribunal fixou tese de que, no caso de fornecimento de remédios sem autorização pela ANVISA, somente em caso excepcionais o Poder Público estará obrigado a cumprir tal exigência. De modo geral, a tese do RE 657718 trouxe que:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrararas);
- (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e
- (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Consolidou, como regra geral, que o Estado – no plano do direito à saúde – não tem a obrigatoriedade quanto ao atendimento pleno no fornecimento de fármacos. Caso sejam experimentais, esses medicamentos ficam fora da cobertura, a menos que se enquadrem nas exceções previstas. Tal medida se baseou em só pensamento e ponderação quanto à escassez de recursos públicos destinados à área da saúde. E, nesse sentido, a Corte Suprema trouxe um prestígio à perspectiva coletiva do direito, em detrimento ao direito individual do cidadão.

Segundo o pensamento de Dworkin (2002), quando, para a solução dos casos difíceis – como na apreciação de fornecimento de remédios em caráter experimental –, utiliza-se o positivismo jurídico, nasce para o julgador a condição de discricionariedade, possibilitando-lhe criar uma *legislação*, a que se denomina *new legal rights*, sendo totalmente inadequado tal proceder. Como forma correta, deve o julgador descobrir quais são os direitos das partes e não criar, aplicando-os retroativamente. Assim, considerando que os juízes não são e não deveriam ser legisladores delegados, a decisão de natureza política não pode ser tomada pelos juízes, quando já o foram por outros

agentes. E tal criação, como excepcionalidade, admite-se no *common law*, visto que as regras e as leis do direito costumeiro são vagas (DWORKIN, 2002).

A teoria desenvolvida por Dworkin não ignora que os juízes atuam como legisladores em segundo plano, diante de casos de complexidade considerável, apenas coloca que devem observar que existem argumentos de princípios e argumentos de política. A argumentação política fomenta ou protege a coletividade, em um olhar plural, enquanto a baseada por princípios identifica-se com os direitos individuais ou de grupos minoritários (DWORKIN, 2002).

No cerne do caso, a imposição de negativa obrigacional ao Estado, como regra geral, no fornecimento de remédios em caráter experimental, por si só, amolda-se na condição de julgamento exclusivamente político, desconsiderando o contexto principiológico da Constituição Federal de 1988. Nesta, o legislador constituinte criou um verdadeiro sistema de proteção à saúde, impondo inclusive destinação orçamentária específica para os entes públicos. Ao assim proceder, consagrou o direito subjetivo individual ao cidadão, propiciando-lhe acionar o Poder Judiciário para ver tutelado seu direito, como no caso de fornecimento de remédios experimentais não cadastrados. Trouxe o julgado, de forma inversa e indevida, uma limitação do direito à saúde e, por via de consequência, à própria vida, ao negar a possibilidade e condicionar a utilização de remédios em caráter experimental. Atuando com viés político, privilegiou o STF olhar de mercado, em detrimento da vida.

A tese assentada desconsiderou a universalidade do direito à saúde como direito fundamental indivisível, impondo um fator discriminante que não se amolda a nenhuma razão para sua aplicação. E trata cidadãos de modo diferente. Quem tiver recursos próprios pode experimentar remédios pioneiros e ter uma chance. Os desafortunados, não. Àqueles que dependam de experimentos pioneiros, o Estado dará as costas, deixando-os relegados à própria sorte.

Argumentar que existem exceções previstas na tese pretoriana é apenas mascarar a real intenção, que se traduz no ataque aos direitos sociais. Tratamos, em uma questão tão delicada quanto a saúde, com discriminação. Nesse sentido, merecem atenção os limites ao princípio da igualdade. Mello (2000, p. 17) destaca que

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

De se considerar que a desigualdade de tratamento se admite quando houver um vínculo de correlação lógica entre o fator discriminante e os interesses consagrados na Constituição. No caso da tese fixada, ocorreu justamente o contrário. A Constituição coloca a não diferenciação *por qualquer fator*,

não cabendo, dessa forma, ao julgador criar uma discriminação que a ordem constitucional, de forma preventiva, tratou de refutar.

Não obstante, ignorou-se que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo, como na denominada *interpretação pro homine*. Nesta, deve-se reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo, em detrimento do aspecto coletivo (RAMOS, 2014). Na interpretação sistêmica da Constituição Federal, a saúde deve ser para todos e em todos os níveis, não podendo fazer qualquer discriminação, mesmo que visando atender questões políticas. Não se pode, por razões políticas, desprestigiar os direitos individuais. A Constituição prega justamente o atendimento amplo e humanitário, invocando o princípio-mor da dignidade da pessoa humana.

Mas a crítica também se espalha para o aspecto infraconstitucional. Isso porque a redação do art. 1º da Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que instituiu o SUS, tratou de consagrar – mais uma vez – que a saúde é direito fundamental, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, com acesso *universal e igualitário*. Harmonizou-se com os ditames constitucionais (BRASIL, [2015]).

Implica assim que, mesmo o legislador ordinário tratando do tema com mais profundidade, refutou qualquer restri-

ção. Pelo contrário, tratou de colocar como *universal e igualitário* todo o atendimento, sem qualquer custo para seu usuário. Desse modo, deve ter o acesso assegurado de forma ampla, igualitária e que atenda a suas necessidades, diante da interpretação constitucional, da redação da norma específica e por toda visão sistêmica do modelo de saúde criado pelo constituinte. Ainda, ao impor restrições, a Corte Maior coloca-se contrária ao seu dever de responder ao direito subjetivo individual daqueles que dependem, mesmo que em caráter experimental *precário*, como único meio de tratamento possível. Usurpou papel reservado aos Poderes Legislativo e Executivo, tomando decisões de natureza eminentemente política.

Na fundamentação do julgado, serviu-se do argumento da limitação dos recursos públicos, cabendo algumas ponderações. Primeiro: muitas ações judiciais em curso pelo país se devem ao não atendimento de serviços elementares, como unidades de internação, remédios constantes no próprio rol da ANVISA, tratamentos previstos e não disponibilizados, demora extrema em atendimentos de urgência, o que, se considerados, mostram que os gastos crescentes se devem em grande parte a problemas com a gestão do sistema.

E, nessa argumentação retórica e com viés ideológico, o Poder Público alega o denominado cobertor curto, conforme noticiado em matéria do jornal O Estado de São Paulo, apontando para os riscos de inviabilidade do sistema, caso não se tenha um freio a concessões por via judicial e que não se estabeleçam critérios de limites para a aplicação dos recursos

públicos. O governo, com tal argumento, quer limitar os gastos com saúde pública, alegando seu crescimento por via da interferência das decisões judiciais (O ESTADO, 2018).

Ao que se constata, convenceu o STF usando tal justificativa infundada. Segundo dados do Observatório de Análise Política em Saúde (OAPS), constantes no relatório Acompanhamento das Decisões Judiciais Relativas à Saúde, há uma crescente judicialização da saúde, com gastos consideráveis (OBSERVATORIO ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE, [201-?]).

No documento, afirma-se que auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU), entre 2015 e 2016, mostrou gastos federais saltando de R\$ 70 milhões, em 2008, para R\$ 1 bilhão, em 2015, ocasionando um aumento de 1.300% em sete anos. Os resultados da Auditoria Operacional, que examinou dados da União, dos estados e dos municípios, expõem que 80% das ações judiciais se referem ao fornecimento de medicamentos, muitos não registrados na ANVISA, e que a maior parte dos autores/as das ações são individuais, reclamando atendimento do Estado. Porém, como colocado, esses dados não individualizam as razões da demora da ANVISA quanto ao registro, aos custos no fornecimento e aos demais fatores, sendo apenas colocado o custo de forma geral.

Na visão oposta, afirma-se que o gasto total em saúde, no Brasil, atingiu 9,7% do Produto Interno Bruto (PIB), valor aproximado de países desenvolvidos expostos na OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico),

em 2013 (REIS *et al.*, 2016). Todavia, em percentuais comparativos, foram 48,2%, inferior a países como a Argentina (67,1%); comparado à Colômbia, com 76% a menos; diante da Costa Rica, 75%; Cuba, 93%; e México, 51,7%, conforme dados divulgados (REIS *et al.*, 2016). Dos dados apontados, o Brasil equipara-se aos dos Estados Unidos, com 47,1%, que, pela sua tradição neoliberal, deixam à deriva os cidadãos que não possuem condições de aderirem aos famigerados planos de saúde privados.

Os dados apresentados ainda afirmam que países com sistemas similares ao brasileiro, de caráter universal, despendem mais de 70% do gasto total em saúde com seus sistemas. Desse modo, o argumento de recursos finitos não se sustenta. Mesmo pela retórica política, os dados apresentados remetem a outra realidade, muito diversa da exposta. Muitos países, em condições econômicas inferiores ao Brasil, investem recursos maiores de sua riqueza no bem-estar de seus cidadãos, propiciando saúde de qualidade e de forma indistinta.

Afirmar que os recursos são escassos para a área da saúde é muito temerário, posto que o constituinte determinou expressamente a proteção do sistema, em uma interpretação principiológica, em que os valores constantes de vida e saúde enfeixam-se na dignidade da pessoa humana. Não há como dissociá-los, muito menos retroceder seus avanços e conquistas.

A imagem ideal do Judiciário deve propiciar maior acesso à justiça, com participação ampla na administração des-

ta, fomentar a diminuição das desigualdades, com formação de juristas que tenham julgamento assentados em princípios as-sentes na Constituição, garantindo direitos de forma igualitária e, principalmente, voltados aos direitos fundamentais, como no caso da saúde (SANTOS, 1999). Essa concepção parece ter-se distanciado diante da apreciação pela Corte Maior.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expressão de que o *cobertor é curto* é recorrente no discurso dos administradores públicos brasileiros no que diz respeito à destinação de recursos orçamentários para a área de saúde. O sistema adotado no Brasil, após o processo de redemocratização, busca disponibilizar para o ser humano o respeito ao mínimo existencial, configurando, dessa forma, no direito à saúde como expressão singular da dignidade humana.

Em que pesem os dados tidos como alarmantes dos gastos em saúde pública, os comparativos com outros países denunciam o contrário, com possibilidade inclusive de ampliação de destinação de recursos para áreas não contempladas, como o fornecimento de remédios não cadastrados para aqueles em que a esperança é a única razão de luta. É fato, porém, que os rumos tomados pela orientação ideológica do governo direcionam o Estado para sua versão minimizada, diante das propostas apresentadas, com riscos sérios na defesa dos direitos sociais, incluindo a saúde.

Nesse cenário, a decisão do STF privilegiou a política restritiva, limitando o acesso judicial, tomou-se a decisão política, esquecendo-se da decisão por princípios, defendida pela doutrina autorizada para os casos difíceis. Desse modo, não se pode conceber o retrocesso ao tempo do desumano INPS, com a inexistência de políticas públicas de garantia dos direitos humanos sociais. A volta de restrições – como requisitos impostos – privilegiam a contenção de gastos orçamentários para solução de crises econômicas, espírito totalmente diverso do legislador constituinte e da hermenêutica constitucional.

O ideal humanitário e a expressão de saúde contemplam a concepção de dignidade humana, não cabendo, nessa lógica, qualquer transação, muito menos principiológica. Se há falta de recursos, basta lembrarmos que alguns setores da economia ainda sequer foram tributados, como as grandes fortunas, podendo ser a saída para reparar a histórica desídia do Poder Público frente aos vulneráveis.

Todavia, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe ao próprio tribunal a palavra final em tema delicado, controvertido e que somente a própria ciência médica pode solucionar. Por certo e prudente, um critério racional poderia ser adotado: a indicação de especialista da área médica. Nada mais. No futuro, ao prevalecer tais parâmetros esposados pelo STF, podemos ter outras exigências que inviabilizem o acesso universal e gratuito, penalizando aqueles que mais dependem do Estado para, na visão das ações positivas, ver garantido seu direito à saúde.

Os mandamentos esculpido pela sociedade brasileira são no sentido da saúde integral e universal, não cabendo discurso de governos, afetos a conveniências ideológicas e de acordo com os sabores do eleitor em determinado tempo. Muito menos o Poder Judiciário pode engrossar o coro do discurso neoliberal de cortar gastos para a ciranda da economia voltar a crescer.

Um grande passo foi dado com a estruturação do sistema de saúde no século passado, com vinculação de recursos públicos e ideais claros. Deve-se, pela razão dos valores consagrados, incrementar o sistema, de modo a permitir mais acesso e com maior qualidade. E, para tanto, importante mantermos a saúde pública a salvo dos discursos demagógicos, que muito mal fazem ao combalido povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília, DF: Corde, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 657.718** Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751246393>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com Repercussão Geral**. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4826917&ext=RTF>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 nov. 2019

BRASIL. **Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Instituiu o SUS – Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Não paginado. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm.

Acesso em: 24 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 2015.

CEDENHO, Antonio Carlos. **Diretrizes constitucionais de assistência social**. São Paulo: Verbatim, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, [20--]. p. 57- 114. Disponível em: http://www.do.ufgd.edu.br/mariojunior/arquivos/cidadania_classe_social.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania social na constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE.
Disponível em: <https://analisepoliticaemsaude.org/oaps/>.
Acesso em: 24 set. 2019.

O ESTADO de S. Paulo, São Paulo. Editorial de 29 jul. 2018. Disponível em <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20180628-45544-nac-2-opi-a2-not>. Acesso em: 24 set. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Ademar Arthur Chioro dos; SOTER, Ana Paula Menezes; FURTADO, Lumena Almeida Castro; PEREIRA, Silvana Souza da Silva. **Tudo a temer**: financiamento, relação público e privado e o futuro do SUS, saúde e debate. Rio de Janeiro, 2016.

SANTOS, Boaventura de S. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio L, Dos Direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.