

## **O USO DE PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS NAS DECISÕES RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E O ACÓRDÃO NO AGRREG NA STA N. 175 DO STF**

*Beclaute de Oliveira Silva<sup>1</sup>*

*Vitor Normande Vieira<sup>2</sup>*

**RESUMO:** Para a efetivação direito constitucional à saúde, o judiciário tem proferido sentenças contra o Estado, concedendo o fornecimento de medicamentos de alto custo. Indaga-se se tais decisões têm observado critérios técnicos na aplicação de princípios e regras jurídicas, ou se são influenciadas pela anarquia metodológica e transbordamento axiológico trazidos pelas novas escolas constitucionalistas. Haja vista a importância das decisões do Supremo Tribunal Federal, coube, pois, analisar julgado emblemático sobre o tema, com o fito de averiguar o uso de critérios técnicos na operação com princípios e regras jurídicas. Para a análise, a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila foi utilizada como paradigma.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria dos Princípios; medicamentos; direito à saúde; políticas públicas; judicialização do direito.

**ABSTRACT:** For the effectiveness of the constitutional right to health, the judiciary has handed down sentences favorable to the supply of high-cost medicaments by the State. It should be asked whether such decisions have observed technical criteria in the application of legal principles and rules or are influenced by the methodological anarchy and the excessive estimation of values brought by the new constitutional schools. Given the importance of the decisions of the Brazilian Supreme Court, an emblematic trial about the delivery of high-cost medicaments was analyzed, in order to ascertain the use of technical criteria on the application of legal principles and rules. For that, it was used Humberto Avila's Theory of Principles as the theoretical framework.

**KEYWORDS:** Theory of Principles; medicaments; right to health; public policies; judicialization of rights.

### **INTRODUÇÃO**

É cediço que o judiciário tem recebido um sem-número de demandas pleiteando o fornecimento de medicamentos pelo Estado, inclusive os que possuem alto custo.

Dentre tantos argumentos que os entes federados utilizam como defesa nessas demandas, ganham relevo as teses de: (i) sua ilegitimidade passiva, pelo fato de as prestações serem contrárias as competências administrativas fixadas nas leis do Sistema Único de Saúde (SUS); (ii) o fato de o medicamento ou tratamento pleiteado estar fora das diretrizes terapêuticas do SUS; (iii) a recusa do fornecimento do medicamento com a justificativa da prestação atentar contra as normas do orçamento público, notadamente o

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UFAL. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da FDA/UFAL (Mestrado e Graduação). Professor Titular III do Curso de Direito do CESMAC (Especialização e Graduação). Professor do Curso de Direito da UNIT-Maceió (Especialização e Graduação). Membro Fundador da ANNEP. Membro do IBDP. Membro do CEAPRO. Membro da ABDPC.

<sup>2</sup> Bacharel em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Alagoas. Bacheler em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió - Cesmac. Assessor Jurídico na Procuradoria da República de Arapiraca - Ministério Público Federal.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

princípio da reserva do possível financeiro. Contudo, nenhuma delas têm se mostrado suficiente para afastar a condenação do Estado.

Sendo assim, cabem algumas indagações. Primeiro, quais são os critérios utilizados nas fundamentações dos julgados relativos ao fornecimento de medicamentos de alto custo? Há critério técnico ao afastar as normas de planejamento e organização, notadamente aquelas fixadas em lei?

Nesse passo, duas situações são vislumbradas. Primeiro, as decisões nesses casos têm sido tecnicamente fundamentadas, justificando devidamente o porquê da desconsideração dessas normas em detrimento das prestações materiais. Assim, ao invés de comprometer as políticas públicas, há a justificada consideração no caso concreto de situação em que o afastamento dessas normas seja indispensável. Noutra banda, algumas decisões podem se mostrar carentes de critérios técnicos, com o mero afastando das normas de planejamento e organização que, além de malferir a segurança jurídica, termina por prejudicar a própria efetividade do direito à saúde.

Tais questionamentos têm um fundo teórico. É que o movimento neoconstitucionalista trouxe o reconhecimento da força normativa dos princípios e deu azo a expansão axiológica dos preceitos normativos. O reconhecimento da Constituição como ordem de valores trouxe a reboque a preocupação da doutrina com sua propensão à desordem metodológica e autoritarismo nas decisões judiciais. (SARMENTO, 2014)

Nesse contexto, o direito brasileiro pode estar sofrendo com deficiência metodológica, mormente no tocante à aplicação de direitos fundamentais, princípios e regras constitucionais. Sem o uso de critérios técnicos que determinem a maior previsibilidade dos julgados, a solução é dada por aqueles que detêm a prerrogativa de decidir as regras do jogo, resultando no problema da “ponderação à brasileira”. É intuitivo que a operabilidade dos dispositivos jurídicos hodiernos e a abertura dos princípios demandam uma estruturação técnica das decisões judiciais.

Assim, é questionável se esse problema ocorre nas decisões dos tribunais quando condenam os entes estatais ao fornecimento de medicamentos, notadamente os de alto custo. Vê-se que há um crescente aumento dessas demandas, geralmente, com a eventual condenação dos entes políticos. Impende, pois, a análise dos critérios utilizados nos julgados para inferir se há ou não afastamento indevido das normas de planejamento das políticas de saúde, o que afetaria a segurança jurídica e a própria realização desse direito fundamental.

Obviamente, para que se chegue a qualquer conclusão, é impossível analisar todas as decisões relativas ao problema. Sendo assim, será feita análise em julgado emblemático do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito, especificamente, o acórdão no Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 (AgrReg na STA 175). Primeiro, porque ao fundamentar as decisões de seus julgados, os tribunais fazem referência ao entendimento da Corte Constitucional. Segundo, trata-se do primeiro julgado a condensar as informações trazidas em audiência pública de saúde realizada pelo próprio STF em 2009, quando foram reunidos profissionais de diversas áreas de atuação, de gestores públicos a médicos, com o fito de traçar critérios para a solução das demandas de prestações relativas à saúde. Registre-se, por oportuno, que o problema do fornecimento de medicamentos de alto custo ainda encontra-se *sub judice* no STF, especificamente, no Recurso Extraordinário de nº 566471 RN.

A análise do julgado será realizada mediante a comparação com os critérios propostos por Humberto Ávila em sua obra **Teoria dos Princípios**. Não obstante a existência de outras obras a respeito da aplicação e convivência entre princípios e regras, é flagrante sua contribuição para a argumentação e fundamentação das decisões judiciais. Na obra, o autor formula critérios de distinção entre princípios e regras, observa seus efeitos, além de desenvolver um arcabouço para sua aplicação e atuação conjunta. Demais, é mister sua contribuição sobre a influência mútua entre os princípios, como esses influenciam as regras e como elas podem ser superadas.

Assim, para o desenvolvimento desse trabalho, serão apresentados tópicos sobre: (i) a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila; (ii) o direito à saúde e as normas de organização do SUS; (iii) o problema da judicialização do direito à saúde. Posteriormente, será realizada a análise do acórdão no AgrReg na STA nº 175 do STF, aferindo se há critérios técnicos no afastamento das regras de organização das políticas públicas de saúde.

## **1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA**

Para a compreensão do trabalho, é imprescindível o registro de alguns aspectos da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila (2013). Registre-se que, apesar de existirem outras obras que tratam da dos princípios e regras jurídicas, a obra de Ávila ganha relevância por diferenciar tais tipos normativos quanto à fundamentação necessária para sua aplicação e a contribuição para a decisão judicial. No mais, estabelece critérios para a convivência e aplicação desses tipos normativos.

Inicialmente, cabe registrar a proposta de diferenciação entre os princípios e regras.

Primeiro, diferem quanto ao comportamento prescrito. Nesse caso, os princípios possuem caráter deontico-teleológico. Deontico por estipularem razões para que existam permissões, obrigações ou proibições. Já o caráter teleológico deve-se ao fato de que essas obrigações, permissões ou proibições decorrem dos efeitos de determinado comportamento que mantêm ou promovem um estado de coisas. Noutra banda, as regras possuem caráter deontico-deontológico, porque assim como os princípios, estipulam as razões para a existência de obrigações (deontico), além de que as obrigações, permissões e proibições decorrem de norma que determinam “o que” deve ser feito (deontológico). (ÁVILA, 2013, p. 78 e 79).

O segundo critério de distinção refere-se à natureza da justificação exigida para sua aplicação. Como as regras possuem natureza descritiva, a correspondência com o caso concreto é facilmente demonstrável, pois servem por si só e são suficientes para a fundamentação. Como são mediatamente finalísticas, somente requerem maior argumentação quando a aplicação foge à sua finalidade, devendo ser aplicadas de forma distinta em relação a como normalmente são descritas. Nessa linha, esclarece o autor, que o que diferencia os princípios das regras não é o se são cumpridos de modo absoluto ou não; seu traço distintivo é como podem deixar de ser aplicadas em sua integralidade. (ÁVILA, 2013)

Ainda quanto ao segundo critério, no que toca aos princípios, o elemento descritivo dá lugar ao elemento finalístico. Isto é, ao aplicar o princípio, o intérprete deve justificar a correspondência entre o comportamento a ser adotado no caso concreto e o estado ideal de coisas a ser buscado. (ÁVILA, 2013)

Por último, Ávila observa a medida da contribuição para decisão. Nesse diapasão, as regras abrangem todos os critérios relevantes para a decisão. No mais, gera uma solução determinada para o conflito de razões. Por sua vez, os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, pois abrangem somente partes dos aspectos relevantes para a tomada de decisão. Portanto, não provocam uma solução específica, mas contribuem junto com outras razões para a tomada de decisão. Dessa forma, as regras são normas suficientes para a tomada de decisão, enquanto que os princípios seriam normas complementares.

Destarte, através dos critérios expostos, são definidos os conceitos de princípio e regra:

As **regras** são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os **princípios** são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. (ÁVILA, 2013, p. 85, sem grifos no original)

No mais, o autor traz em seus doutos elementos distintos dessas duas figuras normativas: os postulados normativos. São, pois, figuras que se situam em um plano metódico, além dos âmbitos semântico ou axiológico. Trata-se de normas segundo grau, pois se dirigem ao intérprete como diretrizes metódicas para a interpretação de outras normas. (ÁVILA, 2013)

Destarte, diferem das regras e princípios porque se situam em outro plano. São balizas que conduzem o intérprete na aplicação das normas ao caso concreto, mas, reitere-se, não são normas de conteúdo valorativo ou prescritivo. Nesse âmbito de utilidade, não se identificam com regras ou princípios. (ÁVILA, 2013)

### **1.1 A razoabilidade como equidade**

Um dos pontos que ganham destaque na Teoria dos Princípios de Ávila é a razoabilidade que, em resumo, estrutura a aplicação dos princípios e regras, mormente as regras. (ÁVILA, 2013).

Dentre as noções de razoabilidade constantes na obra, ganha destaque no presente trabalho a razoabilidade como equidade. Trata-se da exigência da harmonização da norma abstrata com o caso concreto. Nesses termos, o autor reconhece duas situações: (i) quando a razoabilidade exige a consideração do que normalmente acontece; e (ii) quando o caráter abstrato da norma desconsiderar sobremaneira o caso concreto e sua aplicação resulte em injustiça. Quanto a essa última situação, conclui que a razoabilidade serve como instrumento metodológico para apontar quando a incidência da norma é conclusão necessária mas insuficiente para sua aplicação. (ÁVILA, 2013)

Tal noção é importante para a compreensão dos critérios de superação das regras propostos pelo autor, detalhados doravante.

### **1.2 A eficácia dos tipos normativos e a superabilidade das regras**

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

Para que se faça a análise da técnica argumentativa utilizada no julgado, faz-se necessário a compreensão de como Ávila descreve a convivência entre os tipos normativos e seus efeitos. Para tanto, faz menção a funções de eficácia dos princípios e regras jurídicas.

As funções eficaciais distinguem-se em interna e externa. A primeira, diz respeito a como os tipos normativos atuam sobre outras normas no ordenamento jurídico. A segunda, como as normas afetam a compreensão de fatos e provas no mundo exterior, especificamente, como os fatos devem ser entendidos e quais seus efeitos em relação aos sujeitos de direito.

A eficácia interna é subdividida em direta e indireta: (i) a eficácia direta é a produzida independentemente de outras normas, quando seus efeitos são avaliados tendo em vista a atuação per se do tipo normativo; (ii) indireta, quando se avalia seus efeitos com a intermediação ou interposição de outras normas.

### 1.2.1 A função eficaz dos princípios

Tratando-se de princípios, quanto à eficácia interna direta, esses exercem função integrativa, pois agregam elementos que não são previstos no ordenamento jurídico.

Quando há intermediação de outras normas (eficácia indireta), os princípios exercem as funções: (i) definitiva, quando atuam em outros princípios mais amplos, de forma a especificar seu conteúdo; (ii) interpretativa, quando atuam em princípios de abrangência mais restrita, restringindo ou ampliando seu sentido; (iii) bloqueadora, quando atuam nas regras, afastando elementos inicialmente previstos mas que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser alcançado pelo próprio princípio; e (iv) rearticuladora, quando os sobreprincípios, como o do Estado de Direito e o Devido Processo Legal, permitem o confronto dos vários elementos atinentes ao estado de coisas a ser buscado. Nesse último caso, os elementos passariam a ter uma interpretação diferente daquela sem a influência do sobreprincípio. (ÁVILA, 2013)

Ainda, há as funções exercidas com relação à eficácia externa dos princípios. Assim, inicialmente, (i) a eficácia seletiva ocorre com o fornecimento pelos princípios de elementos axiológicos, permitindo ao intérprete a seleção dos fatos pertinentes à solução de das controvérsias. Também, os princípios exercem (ii) eficácia valorativa: após a seleção dos fatos, devem ser valorados com sorte a privilegiar dentre os possíveis pontos de vista, aqueles que mais se conformem aos princípios constitucionais. (ÁVILA, 2013).

Em terceiro lugar, quanto a sua eficácia externa, os princípios possuem como efeito a (iii) eficácia argumentativa. Nessa senda, quanto maior a restrição que o Poder Público imponha a interesses preconizados por algum princípio constitucional, mais elaborada deverá ser sua fundamentação.

Assim, se os princípios realizam diretamente o estado de coisas a ser buscado, são capazes de resolver apenas parte da controvérsia, não definindo *a priori* os meios necessários para que alcancem suas finalidades. Nesses casos, dependem da complementação de outros princípios no processo de aplicação. Noutra banda, podem realizar indiretamente seus interesses quando complementam a fundamentação, trazendo razões a serem aplicadas ao conflito.

Por último, quanto à eficácia externa subjetiva, os princípios desempenham funções eficaciais: (i) de defesa ou resistência, quando funcionam como direitos subjetivos,

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

limitando a intervenção do Estado nos direitos de liberdade; e (ii) protetora, impondo ao Estado que tome medidas para a proteção dos direitos da liberdade.

Vistas tais funções eficaciais, percebe-se que os princípios desempenham caráter completo em relação às regras.

### 1.2.2 A função eficaz das regras

Ao se tratar de eficácia direta, as regras são preliminarmente decisivas, pois oferecem por si uma solução a um determinado conflito. Trata-se de solução provisória posta pelo legislador, preexcluindo a necessidade de ponderação principiológica.

Em relação à eficácia interna indireta, tem-se as funções eficaciais: (i) definitiva, pois as regras delimitam quais comportamentos devem ser adotados para concretizar estado ideal de coisas buscado pelos princípios; e (ii) de trincheira.

Ávila reconhece a função eficaz de trincheira devido ao caráter *prima facie* das regras, pois é o efeito de impor maior obstáculo a sua superabilidade. Como mencionado, as regras são normas imediatamente descritivas e, mediamente finalísticas. Assim, só devem ser afastadas quando, dependendo do caso concreto, sua aplicação resulte em injustiça ou na contrariedade a sua finalidade.

Nesses termos, nota-se que há uma dificuldade maior na superação das regras do que em relação aos princípios. Ora, a regra nada mais é do que a solução do poder legislativo à dúvida que surge quando há conflito. Com efeito, ao revés do entendimento tradicional, no conflito entre regras e princípios dá-se prioridade às regras pelo seu caráter de certeza. Assim, para Ávila, as normas possuem caráter *prima facie* forte e superabilidade mais rígida; enquanto que os princípios são normas complementares com caráter *prima facie* fraco e superabilidade mais flexível.

É quanto à função eficaz de trincheira que surgem alguns questionamentos: quais seriam os critérios utilizados quando houver conflitos entre princípios e regras? É nesse sentido que o autor determina as chamadas condições de superabilidade.

Nessa toada, existem dois requisitos para afastar uma regra do caso concreto. *Primus*, o afastamento não pode ir de encontro à sua finalidade. Deveras, há casos em que a aplicação da regra vai contra seus valores subjacentes, quando então a regra deve ser afastada sob pena de gravame injustiça. *Secundus*, a superação da regra não pode comprometer seu valor formal da segurança jurídica. Assim, haverá seu afastamento quando dificilmente aparecer situação similar, ou quando tais situações importem difícil comprovação.

As condições de superabilidade das regras serão aprofundadas na análise do julgado nas próximas linhas.

## 2 O DIREITO À SAÚDE

### 2.1 Direito social à saúde e as normas de organização do SUS

O direito constitucional à saúde assume posição privilegiada na nova ordem constitucional, “é o primeiro e o primordial direito social. Sem saúde não há vida digna, não

há trabalho, há apenas resquício de vida. É uma premissa do exercício da cidadania” (SILVEIRA, 2009).

Sem embargo da previsão no propedêutico art. 7º da Constituição Federal, o direito à saúde é descrito em todas as suas nuances em seu art. 196, que a põe a como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas visando a redução do risco de doença, de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com efeito, o direito à saúde passa a ser direito subjetivo, possibilitando ao seu titular que exija judicialmente seu cumprimento pelo Poder Público. Noutras palavras, determina uma relação obrigacional, com a possibilidade de sanção judicial, acaso o devedor (o Estado) se torne inadimplente. (RESSINGERS, 2008)

Demais, com o fito de garantir a execução dessas políticas públicas, a própria constituição, em seu art. 198, instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS). O sistema constitui uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção geral em cada esfera de governo, voltando-se ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade. (MENDES e BRANCO, 2015)

Registre-se, por oportuno, que conforme o art. 23, II, da Carta Maior a saúde é competência comum da União, estados e municípios. Porém, a menção à competência comum não significa que há a atuação apartada de cada um dos entes federados. (BARROSO, 2008)

Deveras, os entes devem agir em conjunto para buscar a isonomia material e a erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas, realizando o chamado federalismo cooperativo. Nesse sentido, a constituição destaca o planejamento, favorecendo a execução das políticas públicas em longo prazo, conforme se percebe de seu art. 23, parágrafo único.<sup>3</sup> (MENDES e BRANCO, 2015)

É para a organização e planejamento das políticas do SUS que foi editada a Lei 8.080/95 que, inclusive, estabelece as diretrizes básicas para a configuração das competências administrativas dos entes federados. Nesse aspecto, a lei introduz o princípio da descentralização administrativa, orientando-se pelas noções de subsidiariedade e municipalização. Aqui há a responsabilidade primária dos municípios quanto à execução das políticas de saúde, estando os estados e a União incumbidos de executá-las diretamente de forma supletiva. Especificamente quanto ao fornecimento de medicamentos, nem a Constituição nem a Lei do SUS estabelecem critérios rígidos para a repartição das competências. Os papéis dos entes federados são traçados em atos administrativos federais, mormente a portaria nº 3.916/98 que estabelece a Política Nacional de Medicamentos. (BARROSO, 2008)

Da Constituição, das leis e portarias do SUS, conclui-se que cabe ao gestor federal a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Ao município cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, além de executar a política farmacêutica, assegurando o suprimento de medicamentos voltados à atenção básica à saúde, além de outros que estejam definidos na política municipal. (BARROSO, 2008)

---

<sup>3</sup> O parágrafo único do art. 23 da Constituição determina que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Por sua vez, a União, em cooperação com os Estados e Distrito Federal, incumbe-se da aquisição e distribuição de medicamentos com caráter excepcional, de alto custo, voltados ao tratamento de patologias específicas e destinados a um número limitado de pacientes. Assim, o gestor estadual definirá aqueles que serão fornecidos em caráter de excepcionalidade, além de outros inclusos na relação do RENAME. (MELLO, R. G., 2010)

Nada obstante, nem toda decisão judicial relativa ao fornecimento de medicamentos tem considerado as normas de organização do SUS. É o que será discutido a seguir.

## 2.2 O problema da judicialização do direito à saúde

Segundo Luis Roberto Barroso (2008), o fornecimento de medicamentos pelo poder público é espaço inequívoco de atuação judicial, possuindo normas jurídicas como fundamento. Assim, se as políticas públicas de saúde são traçadas de forma específica pela constituição ou leis, mas há o respectivo descumprimento pelo Poder Público, as ações da Administração poderão ser objeto de controle jurisdicional.

No mesmo sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2015) entendem que ao se constatar a existência de políticas públicas no sentido de cumprir o direito à saúde, cabe ao Poder Judiciário verificar se essas políticas atendem o acesso universal e igualitário, identificando as razões que levaram a Administração a negar as respectivas prestações materiais.

Contrapondo-se a tais razões, não se olvide da relevância da questão da escassez de recursos, pois há um custo com a promoção das políticas públicas e é impossível atender as necessidades de todos os beneficiários. O caráter programático dos direitos sociais traz a necessidade de escolhas alocativas. Pior: é devido a tal situação que não há outra alternativa ao Poder Público senão atender alguns em detrimento de outros, realizando as determinadas escolhas trágicas, realizadas por políticas públicas traçadas legitimamente pelo Executivo e Legislativo. (AMARAL, 2011)

No mais, há de se considerar as disponibilidades materiais do Estado (reserva do possível).<sup>4</sup> É o que observam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015), quando atentam que os direitos a prestação notabilizam-se por sua dimensão econômica, devendo atentar o legislador ordinário às possibilidades de sua realização em cada momento histórico.

Daí a ilação de que a concessão das prestações materiais sem a devida consideração às possibilidades financeiras do Estado pode comprometer o equilíbrio das políticas públicas, notadamente as referentes ao próprio direito à saúde. É o que pode ocorrer caso haja excessos na judicialização do fornecimento de medicamentos, mormente quando as decisões judiciais desconsideram as normas de organização das políticas do SUS, eleitas de forma legítima pelo legislativo e executivo.

---

<sup>4</sup> Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 582, grifos do autor), “a chamada cláusula da ‘**reserva do possível**’ (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que começou a ser alegada a partir da década de 1970, é criação do **Tribunal Constitucional alemão** e compreende a possibilidade material (financeira) para a prestação dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos. A partir daí, alguns autores vão defender que as aplicações desses recursos e, conseqüentemente, a implementação de medidas **concretizadoras de direitos sociais** seria uma questão restrita e limitada à esfera da **discrecionabilidade** das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas nos planos de políticas públicas destes e conforme as previsões orçamentárias”.



Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

Essa situação é observada por Luis Roberto Barroso (2008). Para o autor, o casuísmo da jurisprudência nacional põe em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, impedindo, inclusive, que as políticas coletivas de saúde sejam devidamente implementadas. No mais, atenta ao fato de que em muitos casos, o que ocorre é o privilégio de uns jurisdicionados em detrimento de outros. Não que esteja em jogo a colisão de valores ou interesses, mas o direito à vida e saúde de uns contra o direito à vida e saúde de outros.

Patente o problema, além da exposição sobre os critérios, será possível o exame dos argumentos utilizados pelo STF no AgrReg na STA nº 175.

### **3 A ANÁLISE DO AgrReg NA STA Nº 175 DO STF**

Devido à repercussão e grande quantidade de processos envolvendo o fornecimento de medicamentos, o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública com o fito de reunir diversas informações de diversas áreas relacionadas, além de discutir os óbices e possíveis critérios para a solução dos problemas que são apresentados à justiça. Em sequência, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 foi a primeira demanda a reunir tais dados e definir alguns critérios para a solução pelo judiciário de problemas relacionados ao direito à saúde. (MENDES e BRANCO, 2015)

No caso em análise, o Ministério Público ajuizou ação civil pública com pedido de tutela antecipada contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza. Tratava-se de pretensão para o fornecimento de medicamento, cujo custo era avaliado em R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais. Com a determinação do juízo natural da extinção do processo sem julgamento do mérito, o Ministério Público apelou para a 1ª Turma do TRF da 5ª região que deferiu a antecipação de tutela em favor da beneficiária.

Posteriormente, a União ajuizou no STF pedido de suspensão de tutela antecipada, alegando, sumariamente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e ilegitimidade passiva da União. Quanto ao cabimento, sustentou a grave lesão à ordem pública e a possibilidade de ocorrência do efeito multiplicador.

Em decisão monocrática, o Min. Gilmar Mendes, presidente do Pretório Excelso à época, indeferiu o pedido não vislumbrando a presença de qualquer dos pressupostos para a suspensão da tutela antecipada na ação civil pública.<sup>5</sup> Em seguida, a União interpôs Agravo Regimental contra a decisão, cujas razões foram afastadas pelo acórdão analisado nas linhas seguintes.

Assim, nas próximas linhas, serão analisados os critérios técnico-jurídicos utilizados nos votos constantes no acórdão: inicialmente, o voto do min. Gilmar Mendes e, posteriormente, o voto do min. Celso de Mello. Os demais ministros – Ellen Gracie, Eros Grau, e Ayres Britto – acompanharam o relator e não fizeram outras considerações de mérito relevantes à análise.

---

<sup>5</sup> A lei determina os requisitos para que se postule a suspensão da tutela antecipada. Assim, “de acordo com o § 1º do art. 12 da Lei nº 7.347, elemento fundamental para ensejar o pedido de suspensão assenta-se na demonstração de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Pelo art. 4º da Lei nº 8.437, aduz-se que deve o Poder Público evidenciar manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade (dados esses que estão implícitos na apreciação com base no § 1º do art. 12 da Lei nº 7.347), também dirigindo-se a medida com o escopo de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (RIZZARDO, 2014, p. 243).

### 3.1 O voto do min. Gilmar Mendes

Em seu voto, o min. Gilmar Mendes formulou um arcabouço teórico acerca dos problemas que envolvem o direito à saúde e tutela jurisdicional. Para tanto, reuniu as conclusões e os dados obtidos na audiência pública realizada pelo STF e, somente após todos os esclarecimentos, verificou os argumentos expostos pela União.

*Primus*, o ministro analisou a alegação por parte da União da suposta violação ao princípio da separação dos poderes.

Nessa senda, ressaltou que a decisão impugnada no recurso assentou a possibilidade de, em casos como o presente, o Poder Judiciário garantir o tratamento de saúde quando houver o aumento de sobrevida ou melhoria da qualidade de vida do paciente.

Demais, entendeu que não é suficiente o argumento da separação dos poderes. Isso porque se colhia dos autos que a decisão impugnada informava a existência de provas suficientes do estado de saúde do autor, além da necessidade do medicamento postulado.

Por fim, citou os doutos de Christian Courts e Victor Abramovich (2004, p. 251), expondo o entendimento de que o Poder Judiciário não tem a tarefa de desenhar políticas públicas, mas no caso de as políticas já se encontrassem desenhadas pelas normas constitucionais e legais, caberia ao Poder Judiciário reenviar aos demais poderes a questão para que tomem providências. Fala-se em diálogo entre os distintos poderes estatais para que se concretize o programa jurídico-político.

O que se é que não se refuta a incidência do princípio da separação dos poderes, mas que esse sucumbe diante da necessidade de efetivação do direito constitucional à saúde pelo suposto abuso estatal ao não realizar o programa constitucional.

No trecho alhures consta a menção à “inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais”. No mais, vê-se que consta citação doutrinária que traz à discussão que “quando as normas constitucionais e legais fixam pautas para o desenho de políticas públicas e os poderes respectivos não tiverem adotado nenhuma medida, caberá ao Poder Judicial repreender essa omissão e reenviar-lhes a questão para que elaborem alguma medida”<sup>6</sup>. Ressalte-se: fala-se em pautas para o desenho de políticas públicas, em programa institucional.

Tal entendimento confluiu com a definição que Ávila confere aos princípios, pois, como mencionado, esses estabelecem um estado ideal de coisas a ser alcançado, para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos a serem aferidos no caso concreto. Ainda, tem-se que os princípios impõem o dever de adotar o comportamento necessário com sorte a realizar o estado de coisas. Nesse caso, conclui-se que a saúde é vista como um estado objetivo a ser buscado e o fornecimento de medicamentos seria o comportamento necessário na busca de sua realização.

Sendo assim, a ideia para refutar o argumento pairou sobre o aparente conflito entre o princípio da separação dos poderes e o direito social a saúde como princípio. Todavia, como propugna Humberto Ávila, a ponderação de princípios é operação a ser realizada com a devida técnica jurídica, pois defender seu uso e não apresentar critérios intersubjetivamente

---

<sup>6</sup> Tradução própria.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

controláveis para sua aplicação legitimária sua utilização de forma excessiva e arbitrária. (ÁVILA, 2013)

Formulando critérios para a ponderação, o autor argumenta que se deve apontar os princípios envolvidos, efetuar a ponderação e fundamentá-la. Quanto à fundamentação, entende que devem ser justificados, além de outros elementos: (i) a razão de se utilizar um princípio em detrimento de outros; (ii) os critérios para que se defina o peso e prevalência de um princípio em detrimento de outro; (iii) os procedimentos e métodos de avaliação que serviram de avaliação e comprovação para a restrição de um princípio em relação a outro; (iv) a forma como se mede o aperfeiçoamento dos princípios e o método utilizado para fundamentar a comensurabilidade; e, por fim, (v) quais fatos foram utilizados na ponderação e com quais critérios foram avaliados. (ÁVILA, 2013)

Percebe-se que não se falou em ponderação de princípios, mas o afastamento da separação dos poderes por se tratar de situação atinente à vida da paciente. Deveras, o que ocorreu foi a mitigação desse princípio em detrimento da promoção do direito à saúde do paciente. No voto, falou-se em “inoponibilidade do arbítrio estatal”; falta de providência do poder correspondente quando há diretrizes para a adoção de políticas públicas; e possibilidade do aumento da sobrevida da paciente.

A bem da verdade, o relator não argumentou a ponderação em relação à separação dos poderes conforme os critérios alhures. Nessa liça, só mencionou a necessidade de dar eficácia ao direito à saúde da paciente, sem que fizesse menção aos critérios empregados; o porquê da não utilização de uns princípios em detrimentos de outros; ou quais os fatos que foram considerados relevantes para a ponderação.

Em segundo lugar, o ministro apreciou a alegação da União da suposta invasão de sua competência administrativa, afastando-a com a justificativa da solidariedade dos entes federados nas prestações materiais relativas à saúde. A solidariedade seria corolário da competência constitucional comum entre a União, Estados e Município.

Nesse ponto, informou que o agravante alegou que a decisão invadiria a competência administrativa da União, mas que, no entanto, a doutrina majoritária, acolhida pela jurisprudência do Pretório Excelso, entende haver solidariedade entre os entes federados para responder pelas demandas de saúde, haja vista que a promoção dos serviços públicos de saúde é, conforme a Carga Magna, serviço de competência comum entre os entes.

Ainda, quanto à solidariedade, sustentou que a Constituição incorpora o princípio da lealdade à Federação por parte da União, dos Estados e Municípios no cumprimento de tarefas comuns, e que parece certo que para o desenvolvimento prático desse tipo de solidariedade, deve ser construído um modelo de cooperação e coordenação de ações conjuntas pelos entes federados.

É cediço que há competência comum dos entes federados no tocante aos serviços públicos de saúde, conforme se extrai do arts. 23, II, 197 e seguintes da CRFB. Ocorre que a partir do momento em que são editadas leis sobre a organização das políticas de saúde suas normas devem ser observadas, pois são frutos de decisão legislativa. Assim, não obstante a responsabilidade conjunta de todos os entes em efetivar o programa de saúde, o planejamento contribui no mesmo tanto para sua realização. É nessa toada que foram editadas as leis do SUS e as portarias do Ministério da Saúde estabelecendo as incumbências dos entes federados. É o que foi discutido nos tópicos anteriores.

Nessa mesma lição, o próprio Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco entendem que, além do federalismo cooperativo e da criação de fundos públicos como formas de promoção do equilíbrio regional, há destaque ao planejamento, com o fito de promover as políticas públicas em longo prazo. (MENDES e BRANCO, 2015)

Tais competências são estabelecidas por regras, conforme preconiza a Teoria dos Princípios, pois, nesse caso, as normas determinam a adoção de conduta descrita, com pretensão de decidibilidade e cuja aplicação exige avaliação de correspondência, centrada na finalidade que lhe dá suporte.

No voto em análise, o relator entendeu pela solidariedade entre os entes federados, com fulcro na competência constitucional comum relativa à saúde estabelecida nos arts. 24, II, e 198 da Constituição Federal. Vê-se, a partir do texto, que o voto não considera as normas de competência dos SUS, fazendo menção somente a solidariedade entre os entes da federação. Deveras, as regras de competência estabelecem *standards* de cooperação entre Município, Estado e União, estabelecendo quais seriam as atribuições de cada um, aperfeiçoando o federalismo cooperativo e a organização das políticas públicas de saúde a serem desempenhadas por cada ente.

Não que se refute a possibilidade de afastamento dessas regras, mas, ao fazê-lo, a decisão deve estar tecnicamente motivada. Isso porque as regras, *prima facie*, possuem caráter decisivo que os princípios não têm, vez que estabelecem uma decisão a um conflito entre razões, não podendo o aplicador utilizar sua ponderação em detrimento da ponderação legislativa. (ÁVILA, 2013)

*In casu*, a resistência que as regras de competência impõem ao seu afastamento é efeito da sua função eficaz de trincheira. É que a superabilidade das regras só é possível quando houver razões que prevalecem ante a necessidade de sua manutenção, sejam razões relativas à sua finalidade subjacente, sejam relativas à princípios que, *in casu*, se mostrem superiores. Em caso como tais, a expressão trincheira seria adequada para revelar o óbice que as regras criam para que sejam superadas, no sentido de que, se houver conflito entre um princípio e regra, essa deve prevalecer em detrimento daquele. Com efeito, trata-se de evento extraordinário, balizado pelo postulado da razoabilidade. (ÁVILA, 2013)

Para a superação das regras, Ávila propõe critérios que são compreendidos sob perspectiva material e procedimental. Quanto aos últimos, duas situações devem ser consideradas: (i) se a finalidade subjacente à regra é prejudicada com seu afastamento no caso individual; (ii) se o afastamento compromete a realização do valor formal subjacente às regras - a segurança jurídica. Nessa última, a superabilidade ocorre quando a aceitação da decisão individual não seja facilmente reproduzível, alegável ou, ainda, quando a sua excepcionalidade seja de difícil comprovação.

A maior resistência da não aplicação da regra conduz a necessidade de uma fundamentação mais restritiva - critério procedimental. *Primus*, deve haver uma justificativa condizente, de sorte a: (i) demonstrar que não há incompatibilidade entre a não aplicação da regra ao caso concreto e sua própria finalidade; e que o (ii) afastamento da regra não provocará insegurança jurídica. *Secundus*, deve-se exteriorizar de forma transparente e racional as razões da superação. *Tercius*, é necessário que haja comprovação condizente, seja com provas documentais, testemunhais ou perícia, insuficiente, portanto, a mera argumentação.

Observe-se que tais requisitos são aferidos conforme a visão de Ávila sobre a razoabilidade como equidade, em que uma regra seria aplicável ao caso concreto se, e

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é afastada, ou pela incidência de princípio com razões contrárias, ou pela finalidade da própria regra. (ÁVILA, 2013)

Por conseguinte, vê-se que o voto em análise não está em conformidade com os critérios *supra*, nem justifica de qualquer outra forma as razões para o afastamento das regras de competência. Não há menção ao afastamento dessas regras por princípios incidentes ou razões extraordinárias, somente que há norma constitucional determinando a solidariedade entre os entes federados para as prestações de saúde, como corolário do que é disposto nos arts. 24, II, e 198 da Carta Magna.

Em sequência, o relator também justificou o não acolhimento do pedido de suspensão pela possibilidade de ocorrência de dano inverso. A suspensão da medida apresentaria caráter satisfativo, prejudicando a saúde do paciente. Na íntegra:

Ademais, diante da natureza excepcional do pedido de contracautela, evidencia-se que a sua eventual concessão no presente momento teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso. (BRASIL, STF, 2010, Internet)

Assim, mais uma vez, o relator afastou a tese da ilegitimidade passiva, decorrente das regras de competência administrativa. Vê-se que se deu primazia a vida da paciente em detrimento das normas de organização. Mas, novamente, a fundamentação foi desconforme os critérios propostos por Ávila.

Não obstante a declaração de que o pedido de contracautela surtiria efeitos deletérios à vida da paciente, não se fundamentou consoante os critérios já explorados: a razão porque o caso em análise não desvirtuaria as regras de competência e porque não provocaria insegurança jurídica.

Logo em seguida, o relator analisou a alegação da União sobre a hipótese de grave lesão à economia e à saúde públicas:

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público. (BRASIL, STF, 2010, Internet)

No trecho acima, o relator não explicitou o motivo por que entende que o registro na ANVISA e o alto custo do medicamento não são razões que afastam a pretensão da União em não prover a medicação. Porém, menciona durante o voto critérios de decisão para submissão ou não as listas do SUS e registro na ANVISA, quando avalia as conclusões obtidas na convenção sobre saúde realizada pelo STF.<sup>7</sup>

Por um lado, o relator asseverou a existência da regra de observância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS, destacando que o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. De outro lado, utiliza a razoabilidade e afasta a regra da listagem com fulcro na promoção à saúde como princípio:

Para tanto, entendeu que, se de um lado as listagens privilegiam a melhor distribuição de recursos públicos, além da segurança dos pacientes, doutra forma, a inclusão

---

<sup>7</sup> Tais critérios encontram-se entre as páginas 91 e 97 do acórdão.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

de novos métodos terapêuticos pode ser muito lenta e afastar dos beneficiários do SUS tratamentos há muito disponíveis na iniciativa privada. Assim, defendeu que a inexistência do tratamento na listagem não pode violar a integridade do sistema de saúde ou diferenciar as condições entre os beneficiários da rede pública dos que são usuários da rede privada.

Assim, concluiu que, nesses casos, cabe a intervenção do judiciário, com o afastamento da regra da observância das listagens do SUS por interveniência dos princípios da universalidade e integralidade do sistema, além do direito à saúde, muito embora não o observe expressamente como princípio.

Portanto, identifica a regra a ser afastada, justifica a não afetação de sua finalidade quando explica que a inclusão de medicamentos nas listagens do SUS pode ser demorada e impedir o acesso dos pacientes a tratamentos já concedidos na iniciativa privada. Como a finalidade da regra da obediência às listagens é justamente garantir a universalidade e a integralidade do sistema, não afastar as regras de competência comprometeria mais sua finalidade do que se fosse aplicada.

Quanto à segurança jurídica, observa a fundamentação e a externalização no voto, além da adequada comprovação da situação do paciente nos autos quando expressa que se colhe “dos autos que a decisão impugnada informa a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado” (BRASIL, STF, 2010, Internet).

No mais, durante o voto, explica que o que não pode ser feito é o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, o que não ocorre na demanda em análise. Assim, o único fator que impediria o fornecimento do medicamento postulado seria a regra da obediência às listagens do SUS que, como dito, não seria suficiente para impedir a condenação do ente federado.

Assim, vê-se que, quanto a esse ponto, o relator utiliza os critérios para o afastamento de regras utilizado por Ávila, além de observar a razoabilidade como equidade, por mais que na fundamentação não os tenha estruturado exatamente na forma proposta.

No entanto, quanto o afastamento da alegação do alto custo do medicamento pleiteado, não foi considerado nenhum princípio orçamentário ou de organização do estado, limitando-se, somente, à afirmação de que esse não é suficiente para suspender a concessão da tutela.

Por fim, analisou o suposto efeito multiplicador que a concessão da medida causaria:

Além disso, não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida. (BRASIL, STF, 2010, Internet)

Nesse caso, não se pode negar a influência que o acórdão em análise pode ter sobre outros magistrados que, convencidos dos critérios propostos, podem utilizar o raciocínio em casos similares. No entanto, vê-se que é possível utilizá-los em consideração ao caso concreto. É tanto que são encontrados julgados que aludem à decisão em análise que tanto deferem como indeferem os pleitos de fornecimento de medicamentos.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> São exemplos de decisões nacionais que fazem referência aos critérios utilizados no acórdão em análise a Apelação Cível nº 00181084320134013400, do TRF-1, a Apelação/Reexame Necessário nº

De fato, sem embargo de que os pleitos sobre o fornecimento de medicamentos têm se mostrado repetitivos nos tribunais nacionais, vê-se que muitos dos critérios formulados no voto do Min. Gilmar Mendes vêm sendo utilizados considerando-se as singularidades do caso concreto.

### **3.2 O voto do Min. Celso de Mello**

Inicialmente, em seu voto, o Min. Celso de Mello justifica a intervenção judicial pela suposta ocorrência de recusa governamental arbitrária.

Nessa liça, entendeu que o dever de fazer implementar as políticas públicas com base na Constituição poderá ser atribuído, mesmo que excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se o descumprimento pelos órgãos estatais de encargos políticos jurídicos vierem a comprometer a eficácia e integridade dos direitos individuais.

Nesse caso, o direito à saúde também é reconhecido como princípio, segundo a teoria de Ávila. O reconhecimento de seu caráter programático remete a um estado de coisas a ser alcançado. Nessa senda, fala-se no texto em: “respeito e proteção ao direito à saúde”; “eficácia e integridade de direitos individuais”; “encargos políticos-jurídicos”; “ponderação de interesses” e “atribuir efetividade aos direitos sociais”. Mais uma vez, vê-se que o fornecimento de medicamentos pelo Estado é tido como comportamento necessário para a efetividade do direito à saúde como princípio.

Mais uma vez, o princípio da separação dos poderes choca-se com o direito à saúde. Ocorre que a ponderação não foi realizada de acordo com os critérios propostos na teoria dos princípios.

É que se fala em arbitrariedade na recusa governamental, não justificando porque seria arbitrária, já que existem regras de competência administrativa. Também, há a menção que “sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental”. Deveras, na ponderação segundo Ávila, deve-se levar em consideração no caso concreto os fatos do caso que foram considerados relevantes e os critérios em que foram juridicamente avaliados. Também não se fala nos critérios para definir o peso e prevalência de um princípio sobre o outro, ou mesmo o procedimento e método que serviram para a avaliação e comprovação do grau de promoção de cada princípio.

Posteriormente, entendeu que o princípio da reserva do possível não pode criar obstáculo artificial para a efetivação do direito à saúde. Isso porque não seria lícito ao Poder Público criar obstáculos artificiais, com fulcro em sua atividade financeira ou político administrativa, com o desiderato de inviabilizar o estabelecimento de condições mínimas de existência para os cidadãos.

Não obstante tenha reconhecido em outros trechos do voto a limitação orçamentária do Estado, o custo dos direitos fundamentais e a reserva do possível financeiro, entendeu que tais fatores devem ser desconsiderados quando há o propósito do Estado em fraudar o cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Assim, novamente, utilizou o direito à saúde como princípio e justificou o porquê de não considerar a reserva do possível no caso. De fato, a distorção da reserva do possível seria razão suficiente para não considerá-la.

Todavia, observa-se que não seguiu os critérios propostos por Ávila quanto à ponderação entre princípios. É que não se fez menção à quais os fatos que foram considerados relevantes e quais critérios para que fossem juridicamente avaliados.

Ainda, fundamenta no voto que a proteção da saúde é questão de solidariedade social e que é obrigação do Estado assegurá-la independentemente de qual ente federativo se trate. Assim:

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. (BRASIL, STF, 2010, Internet)

Novamente, não se justifica o afastamento das normas de planejamento ou de competência administrativa, somente a obrigação solidária entre os entes políticos.

Noutro momento, expressou a necessidade da observação do direito à saúde em detrimento dos interesses financeiros do Estado. Isso porque, segundo seu entendimento, por razões ético-jurídicas, impõe-se ao julgador fazer preservar o respeito à vida e saúde humana em detrimento dos interesses financeiros e secundários do Estado.

Vê-se que há menção do dilema da prevalência entre a “inviolabilidade do direito à vida e à saúde” e “interesse financeiro e secundário do Estado”. Assim, o que novamente se pondera é o direito à saúde como princípio (estado de coisas a ser alcançado) e as normas de planejamento e orçamento do Estado.

Segundo o voto, prevalece o direito à saúde, por questões ético-jurídicas “o respeito indeclinável à vida e a saúde humanas”. No mais, defende que “impõe aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa humana”. Percebe-se, portanto, que o relator entendeu que fazer prevalecer os direitos fundamentais, mormente o direito à vida e saúde, é peremptório.

Ocorre que, por mais uma vez, não se observa os critérios de ponderação de princípios de Ávila. Como visto, a ponderação deve seguir técnica que (i) indique os princípios envolvidos na ponderação, posteriormente, (ii) efetue a ponderação e (iii) a fundamente. Ainda, não se faz menção aos fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em quais critérios foram juridicamente avaliados.

Reitere-se que existem regras de competência e planejamento, mormente os princípios que blindam o comprometimento do orçamento do Estado. Conforme foi estudado e até é observado no voto em análise, a implementação dos direitos fundamentais possuem um custo e exigem, por parte do Poder Público, a realização das chamadas escolhas trágicas. A alteração da organização das políticas públicas, mormente quanto às escolhas alocativas, pode comprometer a própria promoção do direito à saúde.

Após, traz ao caso a ideia de que o caráter programático da norma não pode torná-la promessa constitucional inconstitucional, pois substituiria de forma ilegítima o cumprimento de um dever impostergável imposto pela Constituição por um gesto irresponsável de infidelidade governamental.



O que se vê não é a substituição do dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental, mas a observação de regras e princípios pertinentes ao planejamento. Assim, registre-se que para que se dê prevalência ao direito fundamental, faz-se necessária a menção aos fatos considerados relevantes e os critérios juridicamente avaliados para que se faça juízo de prevalência.

Ainda, justificou que os mandamentos constitucionais da saúde são fatores de limitação da discricionariedade administrativa, além de mencionar que cabe a intervenção do Poder Judiciário em casos de transgressão à Constituição por “pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”. No mais, mencionou a competência da Suprema Corte em suplantar omissões constitucionais dos órgãos estatais e adotar medidas que visem restaurar a Constituição.

Nesse ponto, insistiu-se em falar em discricionariedade administrativa (razões de oportunidade e conveniência) sem levar em consideração que há regras de competência e normas de planejamento. Não há discricionariedade nesses casos. Trata-se da subserviência do poder público a normas de organização legitimamente eleitas pelo legislador e reguladas pela função executiva.<sup>9</sup> Portanto, olvida-se novamente, no voto, de considerar tais normas e fundamentar as razões do seu afastamento (quanto às regras) e da prevalência do direito à saúde quando ponderado com princípios da organização do estado (separação dos poderes e organização do Estado, como a reserva do possível).

Em sequência, alegou que a inércia do Estado e conseqüente desobediência dos preceitos constitucionais são as principais causas dos processos informais de mudança da Constituição. Nesse ponto, o voto menciona risco do desprestígio da Constituição quando os direitos por ela previstos não são observados pelo Poder Público. A Mutação Constitucional seria, propriamente, efeito decorrente da inércia do Estado ou quando, de forma arbitrária, não há a observação dos direitos individuais.

Ocorre que essa situação traz, mais uma vez, a questão da relevância das normas de planejamento das políticas públicas. Não se justifica porque que a negação da prestação pleiteada ocasionaria um enfraquecimento da normatividade da constituição, haja vista que o Poder Público pode, nesses casos, ter observado as normas de competência e listagens do SUS.

Vê-se que, por mais uma vez, as normas do planejamento não têm sido consideradas na solução da controvérsia.

Por último, o Min. Celso de Mello trouxe à baila a vedação ao retrocesso:

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário. [...] Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira

---

<sup>9</sup> Cabe consideração acerca do que seria a discricionariedade administrativa. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 992): “discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana. A inteligência dos homens falece o poder de identificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjetable, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal”.

dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010, Internet)

Com efeito, questiona a possibilidade do Poder Público retroceder na promoção do direito à saúde. Quanto ao princípio da proibição do retrocesso, reconhece Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 588, grifos do autor):

Certo é que, para boa parte da doutrina estrangeira e nacional, o **princípio da proibição do retrocesso** ou da **não reversibilidade dos direitos fundamentais** sociais deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um **grau de densidade normativa adequado** não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão. [...]

Aqui cabe observação sobre o suposto retrocesso alegado no voto. É que conforme o que foi estudado, segundo a teoria dos princípios, a diferença entre as categorias normativas (princípios e regras) é centrado na justificação necessária a sua aplicação. Nesse diapasão, na aplicação dos princípios “o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, devendo o aplicador, em razão disso, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido” (ÁVILA, 2013, p. 81).

Assim sendo, *in casu*, o voto deveria apontar qual comportamento seria adotado ou não poderia ser adotado para que não houvesse regressão ou supressão da densidade normativa do direito à saúde. Todavia, não há demonstração que a não concessão do medicamento pleiteado enfraqueceria o *status quo* desse direito social. Deveras, sequer fez-se menção ao estado da promoção que se encontrava o direito hipocrático quando a decisão fora proferida.

Nada obstante a preocupação sobre o comprometimento da efetividade do direito à saúde, percebe-se que, novamente, não houve consideração a situação fática ao se aplicar o princípio.

## CONCLUSÃO

Conforme mencionado nas linhas anteriores, há inúmeras demandas nos tribunais nacionais acerca de prestações materiais de saúde, notadamente relativas ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Com a hodierna supervalorização dos direitos e princípios constitucionais, os tribunais têm, conseqüentemente, deferido os pedidos.

Porém, a falta de critérios universais para a aplicação de princípios e regras tem dado azo a um possível autoritarismo judicial com a concentração da “última palavra” dos problemas jurídico-constitucionais pelo judiciário. Destarte, fez-se necessário aferir a técnica jurídica empregada em decisão emblemática quanto fornecimento de medicamentos de alto custo, e verificar o método de aplicação dos princípios e regras jurídicas.

Assim, realizada a análise, percebe-se que não há argumentação estruturada na aplicação dos princípios jurídicos. Dessa forma, não se contrapõe devidamente aqueles

envolvidos no problema, nem há a exposição de fatores jurídicos e fáticos que permitam a promoção de uns em detrimento de outros.

No mais, percebe-se que é prática demonstrada no acórdão a não fundamentação das razões para que determinados comportamentos sejam impostos ou reconhecidos como necessários para o aperfeiçoamento dos princípios, já que determinam estados a serem promovidos. É o que ocorre nos votos, por exemplo, com a alegação do princípio da vedação ao retrocesso e o próprio direito à saúde. Mais especificamente quanto ao último, constata-se que é notória sua utilização como princípio, mormente quando se fala em políticas públicas. Ocorre que não há esse reconhecimento no voto, de forma a ensejar a devida argumentação na ponderação com outros princípios ou ao afastar regras jurídicas.

Que se realce a finalidade precípua desse debate. Aqui não se questiona a justiça da decisão, ou se sugere a utilização dos critérios de Ávila como os únicos tecnicamente apropriados. Atenta-se, mormente, ao fato de que ao operar com princípios e regras jurídicas, não se tem utilizado diretrizes técnicas que operem adequadamente com a finalidade e a inerente segurança das normas jurídicas. Por essas razões, pode-se afirmar que é possível que as demandas referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo sejam decididas com a falta de critérios técnicos na utilização de princípios e regras jurídicas. É por essas e outras que se pode afirmar legítima a inquietação da doutrina quanto ao fato de que é possível que as regras de aplicação das normas jurídicas se concentrem na íntima convicção dos juízes.

A análise realizada, além de indicar a propensão à debilidade metodológica nas decisões que envolvam a aplicação de princípios e regras, abre caminho ao debate sobre as possíveis soluções ao problema. Veja-se que foi utilizada apenas uma teoria sobre a diferenciação dessas normas jurídicas. Nada impede a consideração de outras obras para a construção de soluções sistemáticas para a aplicação do direito, em busca da maior estabilidade na argumentação jurídica das decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V; COURTS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta Editorial, 2004.

ALAGOAS (Estado). Tribunal de Justiça de Alagoas. **Acórdão no Agravo de Instrumento no proc. n. 0800180-30.2015.8.02.0000**. Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza. Data de j. 02.09.15. Disponível em <<http://www2.tjal.jus.br/>>. Acesso em 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Alagoas. **Acórdão na Apelação Cível no proc. n. 001365-70.2009.8.02.0001**. Relator: Des. Alcides Gusmão da Silva. Data de j. 03.09.15. Disponível em <<http://www2.tjal.jus.br/>>. Acesso em 10 out. 2015.

AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**. 14<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Migalhas**, 2008. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em 23 ago. 2015.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 05 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 CE**. Relator: MENDES, Gilmar (presidente). Tribunal Pleno. Publicado no DJe de 30-04-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471 RN**. Tema 6: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>>. Acesso em 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental em Recurso Especial 1107511 RS 2008/0265338-9**. Relator: BENJAMIN, Herman. Segunda Turma. Publicado no DJe de 06-12-2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj/inteiro-teor-24796828>>. Acesso em 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Regional Federal – 1ª Região. **Acórdão na Apelação Cível de n. 00181084320134013400**. Relator: Daniele Maranhão Costa (juíza federal convocada). Data de j. 02.03.15. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178076072/apelacao-civel-ac-181084320134013400>>. Acesso em 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Regional Federal – 5ª Região. **Acórdão na Apelação/Reexame Necessário de n. 00025551420124058400 AL**. Relator: Des. Federal Rogério Fialho Moreira. Data de j. 04.11.14. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178259888/apelacao-reexame-necessario-apelreex-25551420124058400-al/inteiro-teor-178259957>>. Acesso em 10 out. 2015.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: *Juspodivm*, 2014.

GOUVÊA, M. M. O Direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: Garcia Emerson (Coord). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

LIMA, G. M. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3222, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646>>. Acesso em 10 out. 2015.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, R. G. O fornecimento de medicamentos pelo poder público e a competência da justiça federal. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em <[www.jfrj.jus.br/revistasjrj](http://www.jfrj.jus.br/revistasjrj)>. Acesso em 10 out. 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Acórdão na Apelação Cível/Reexame Necessário de n. 10480140014428001**. Relator: Claret de Moraes (juiz de direito convocado). Data de j. 09.06.15. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200506873/ap-civel-reex-necessario-ac-10480140014428001-mg>>. Acesso em 10 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Nova Iorque: 1946. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 20 ago. 2015.

PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Acórdão no Agravo nº 3870971**. Relator: Des. Humberto Costa Vasconcelos Júnior. Data de j. 02.07.15. Data de p. 17.07.15. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/210158088/agravo-agv-3870971-pe>>. Acesso em 20 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Acórdão no Agravo n. 3657770**. Relator: Des. Luiz Carlos Figueirêdo Júnior. Data de p. 13.04.15. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181100578/agravo-agv-3657770-pe>>. Acesso em 10 out. 2015.

RESSINGER, S. **Aspectos controversos do direito à saúde**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão no Agravo de Instrumento de nº 70061087078**. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Data de j. 11.08.14. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133983264/agravo-de-instrumento-ai-70061087078-rs>>. Acesso em 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão no Reexame Necessário de nº 70064464050**. Relator: Ricardo Torres Hermann. Data de j. 25.06.15. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204413591/apelacao-e-reexame-necessario-reex-70064464050-rs>>. Acesso em 10 out. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Acórdão na Apelação Cível de nº 00096032420098190052 RJ 0009603-24.2009.8.19.0052**. Relator: Des. Eduardo de Azevedo Paiva. Data de j. 01.04.15. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179781190/apelacao-apl-96032420098190052-rj-0009603-2420098190052>>. Acesso em 10 out. 2015.

RIZZARDO, A. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão na Apelação de nº 30013297120138260444**. Relator: Marrey Uint. Data de j. 13.05.14. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120392893/apelacao-apl-30013297120138260444-sp-3001329-7120138260444>>. Acesso em 10 out. 2015.

SILVEIRA, K. R. M. da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009.