

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA
DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NO STAS 175 E 178, PELO MINISTRO
GILMAR FERREIRA MENDES, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Francisco Livanildo da Silva

Advogado da União – PU/PI –

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Ao negar os pedidos de Suspensões de Tutela Antecipada, formulados pelo Município de Fortaleza/CE e União Federal, nos autos dos processos nº 175 e 178, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, atual Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu alguns parâmetros, os quais deverão conduzir os julgados perante aquela Suprema Corte, bem como os das instâncias inferiores ou, quando muito, já servirão para subsidiar novos remédios processuais contra excessos cometidos por autoridades judiciárias de grau inferior.

Embora o despacho tenha sido proferido monocraticamente, mas em função das discussões travadas naquela Corte Suprema durante a Audiência Pública que ouviu cerca de 50 (cinquenta) inscritos, entre especialistas, órgãos de defesa de classes, entes públicos e suas representações jurídicas e técnicos da saúde, a orientação ali emanada tende a servir de esteio aos julgados das instâncias inferiores, razão pela qual necessária se faz uma análise mais detalhada acerca dos pontos fundamentais daquele *decisum*, especialmente buscando identificar que avanços ele representa para as teses e entraves jurídicos envolvidos na questão dessas demandas.

Inicialmente é de bom alvitre que se destaque o quadro trazido nos referidos feitos - fático - especialmente sobre o caso de saúde ali mencionado -, para que se possa ao final não admitir conclusão adversa da que ali foi proferida:

- a) Trata-se de jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, "movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas.
- b) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C;
- c) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês;
- d) segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade;

Os principais argumentos dos entes federados (autores nas referidas ações) eram os seguintes: o fato do medicamento não estar registrado na ANVISA, embora posteriormente, no curso da ação tal registro foi efetivado; e a ineficácia do uso do medicamento ZAVESCA para o tratamento da doença de Nieman-Pick Tipo C.

A decisão fez questão de evidenciar e enquadrar o direito à saúde como direito fundamental social, na medida em que dissecou o teor do artigo 196 da CF/88, dando ênfase ao seu caráter prestacional positivo, que para sua realização exigirá o estabelecimento de "políticas públicas e econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos", além de destacar que tais políticas devem se reger pelo princípio do "acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

A grande celeuma reside, pois, em se saber quem é (ou deveria ser) o responsável pela implementação das políticas públicas indicadas pelo Ministro-relator. Essa incógnita restou não respondida pela autoridade judiciária, quando apenas reconhece a tensão existente entre os elaboradores e executores das políticas públicas e as intervenções judiciais nesses programas, muitas vezes até contrariando os seus princípios e normas.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias¹.

A decisão fez questão de compartimentar a sua análise, permitindo maior clareza da interpretação dos direitos nela envolvidos: se já existe uma política pública que abranja a prestação de saúde requerida pela parte autora, entende o renomado constitucionalista e ministro do STF, em hipótese como essa, a determinação judicial não cria ou estabelece políticas públicas, apenas determina o seu efetivo cumprimento, o que já deveria ter sido feito pelos órgãos estatais. Para o Ministro Gilmar Mendes, nesta situação não há falar-se em interferência judicial.

Porém, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. É, exatamente neste particular que reside a grande maioria das demandas judiciais envolvendo medicamentos de alto custo e medicamentos oncológicos (que não evidencia medicamentos, mas integral tratamento).

Em linhas gerais é possível traçar um quadro esquemático tratando das linhas-mestras da decisão aqui examinada²:

- a) Não deve o Poder Judiciário condenar o Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), seja pela vedação legal (e realização do princípio da legalidade administrativa), seja porque o registro do medicamento no ANVISA é uma garantia à saúde pública. Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação. Neste particular andou bem o julgador, principalmente, porque chega a desacreditar até mesmo o Judiciário (enquanto instituição estatal), a concessão judicial de medicamento cujo órgão técnico de saúde e

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível na internet. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudilanciaPublicaSaude>>. Acesso em 6 dez. 2009.

² STF – STAs 175 e 178 – Decisão monocrática – Min. GILMAR FERREIRA MENDES – Extraído do sítio eletrônico: www.stf.jus.br, em 18/09/2009.

vigilância tenha reprovado o seu pedido de registro, por comprovar sua ineficácia, ineficiência e insegurança.

- b) Quanto às ações com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão, se existir um tratamento alternativo coberto pelo SUS e não houver nenhuma inadequação do seu uso pelo paciente, deve ser aquele preterido, dando-se prevalência àquele ofertado pelo Sistema Único de Saúde. Porém, se existe tratamento alternativo oferecido pelo SUS fornece, mas este não é adequado ao paciente-autor, cabe a este a prova da inadequação ou da inaplicabilidade, ante suas condições específicas;
- c) Grande relevo assumiu o entendimento esposado na decisão em comento, no sentido de que “a princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde”. Esse entendimento também reforçou a tese do SUS no sentido de que deve os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, por se basearem em “Medicina Baseada em Evidência” devem ter prevalência sobre determinados laudos ou pareceres médicos, de forma isolada e em desconformidade com os mesmos, não obstante estes devam ser revisados periodicamente, sem prejuízo do estabelecimento de novos Protocolos Clínicos ou possam vir a ser questionados em juízo e até mesmo ter afastada sua aplicação para um determinado caso, por razões específicas do organismo do paciente ou se houver comprovação de que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.
- d) Deu-se uma interpretação restritiva aos princípios constitucionais do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, ressaltando que estes só se tornarão viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os escassos recursos públicos da forma mais eficiente possível. Dessa forma, afastou-se a obrigação do SUS em financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente, pois segundo o relator do feito, isto geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada, não obstante essa conclusão não seja de todo absoluta, mas deve ser vista de forma sistêmica.
- e) Estabeleceu-se a diferença entre “tratamentos puramente experimentais” dos “tratamentos ainda não testados pelo SUS”. Em relação ao primeiro, o julgador entendeu que o Estado não pode ser condenado ao fornecê-los, enquanto em relação aos segundos, sugeriu a ponderação e o cuidado do julgador na apreciação da matéria, reconhecendo a imprescindível instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.
- f) Por fim, destacou o douto Presidente do Supremo Tribunal Federal, “a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”, e em assim sendo, não pode restringir a plenitude do direito à saúde a meros valores financeiros dos medicamentos de alto custo.

Na verdade, embora a decisão acima examinada seja monocrática, mas partindo da lavra do Ministro Gilmar Mendes, atualmente sob a Presidência do

Supremo Tribunal Federal, é possível antever que esses delineamentos influenciarão sobremaneira todos os operadores do direito. Porém, o que se verifica, na prática, é que o ponto central que se revela na presente decisão vem a ser a prudência dos julgadores e, acima de tudo, uma escorreita instrução probatória.

Ocorre que esse tem sido o grande dilema daqueles que operam em processos judiciais que tratam do direito à saúde, a completa ausência de amparo técnico, o que conduz a uma escassa instrução probatória, quase sempre presa a laudos, pareceres e receituários prescritos por um único profissional, sem uma abalizada comprovação científica. Por outro lado, a defesa do Sistema Único de Saúde (SUS) também fica órfã de um contraditório lastreado em estudos técnicos, capazes de superar os argumentos únicos trazidos pela parte autora. Também os magistrados ficam muito mais à mercê dos argumentos e valores morais e/ou sentimentais trazidos nas peças vestibulares, do que mesmo amparado em substancial prova pericial, o que conduz a um julgamento sem muita técnica jurídica.