

JURISPRUDÊNCIA

**O INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO
DOS EFEITOS DA TUTELA NAS
AÇÕES DE SAÚDE**

Maria Leiliane Xavier Cordeiro
Advogada da União
Coordenadora de Assuntos Judiciais do Ministério da Saúde

INTRODUÇÃO

O direito à saúde se traduz como uma das garantias sociais prioritárias consagradas pela Constituição Federal de 1988, sendo dever do Poder Público garantir o acesso universal e igualitário dos cidadãos aos meios de tratamento, ações e serviços de saúde. Neste sentido, os artigos 196 e seguintes da Constituição delinearão os parâmetros gerais de acesso à saúde pública, de forma que, constatado o não atendimento destes preceitos pelo Estado (Poder Executivo), cabe ao cidadão buscar a concretização de seu direito por meio do acesso à justiça.

Nos últimos anos, seja em razão das reconhecidas falhas do sistema de saúde público brasileiro, seja em razão da conscientização social de acesso às vias judiciais, estruturou-se um crescente movimento de judicialização das políticas públicas de saúde. Dados da Coordenação de Medicamentos e Correlatos do Ministério da Saúde (COMEC/MS), demonstram que entre o ano de 2005 e o mês de junho de 2008, houve uma evolução de quase 300% no número de ações judiciais que compelem a União a financiar medicamentos mediante a aquisição direta dos insumos¹, com valores unitários que variam de menos de dois até quase um milhão de reais, excluindo-se os custos de publicação no Diário Oficial, da dispensa de licitação e do envio postal dos insumos para a residência do autor.

Esta crescente perspectiva de judicialização da saúde alcançou patamares tão impressionantes que recentemente o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, designou audiência pública para discussão de uma série de questões pertinentes ao funcionamento do Sistema Único de Saúde brasileiro e os limites da atuação judicial nesta matéria. A referida audiência, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, além de representar uma extraordinária oportunidade de exercício da democracia, proporcionando o debate entre os diversos atores sociais e políticos envolvidos na questão, despertou ainda a atenção da sociedade para tão relevante matéria.

1 Estudo comparativo elaborado pela Coordenação de Suprimentos de Medicamentos e Correlatos/Coordenação de Recursos Logísticos/Subsecretaria de Assuntos Administrativos/Secretaria Executiva enviado para apreciação da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. É importante ressaltar que esse quantitativo não inclui os processos judiciais no qual a União foi condenada a efetuar o cumprimento da decisão mediante depósito judicial do valor dos insumos e/ou tratamento médico

Não se duvida que o Poder Judiciário exerça um relevante e indispensável papel no interior do Estado Democrático de Direito ao procurar efetivar os direitos dos cidadãos que não foram atendidos de forma satisfatória pela legislação vigente ou pela política de execução. Desta forma, respeitando a clássica teoria da separação dos poderes, compete ao Poder Judiciário suprir as omissões flagrantes dos demais poderes constituídos *onde* e *quando* elas existirem, de forma que a sociedade não seja prejudicada na efetivação de seus direitos.

Ocorre, entretanto, que no afã de catalisar a concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes os membros do Poder Judiciário extrapolam a competência de simplesmente implementá-los. Não raro percebe-se que as decisões se propõem a legislar sobre determinadas matérias (alterando dispositivos de leis ou portarias). Outras vezes, a decisão judicial chega ao ponto de atribuir ao Poder Executivo encargos financeiros e estruturais nem sempre viáveis de se executar.

Neste ínterim, destaca-se ainda a questão da implementação do financeiramente possível. Tal teoria, muitas vezes, tomada por insensível e protelatória, vem sendo cada vez mais rechaçada pela fundamentação dos julgamentos e decisões. Ocorre, entretanto, que não se vem observando outro prisma desta polêmica: a teoria da reserva do possível não se propõe a contrapor, de um lado, a previsão orçamentária do Estado, e do outro, a vida ou a saúde do indivíduo. A forma como estão sendo realocados recursos para o atendimento individualizado de um só paciente afeta diretamente a não prestação dos mesmos direitos (ou seja, vida e saúde) à coletividade. Por esta razão, a teoria da reserva do possível realiza uma ponderação entre direitos exatamente equivalentes, com a diferença que teremos, de um lado, o direito à saúde de um cidadão e no prato oposto da balança o direito a saúde do restante da sociedade.

A pergunta que o intérprete e aplicador da lei deve fazer não se restringe à quanto do orçamento pode ser disponibilizado em benefício da saúde individual. Não se deve atribuir valor à vida ou à saúde do autor. A responsabilidade do membro do Poder Judiciário vai muito além da saúde do demandante, pois o reflexo de uma determinada decisão repercute para toda a sociedade.

Estas seriam apenas alguns dos questionamentos a serem propostos ao julgador no momento da apreciação da liminar:

- a) O acesso *universal* à saúde previsto na norma constitucional representa a concessão ilimitada aos meios e recursos públicos (por exemplo, medicamentos ou tratamentos em fase experimental, sem eficácia clínica comprovada, não existentes no Brasil ou sem registro na ANVISA)?
- b) Se o acesso universal for tomado como ilimitado, até que ponto ele será *igualitário*? Por meio da inserção judicial de medicamentos, será que todos os indivíduos terão direito às mesmas ações e serviços de saúde?
- c) Realizando uma ponderação, é mais interessante que o Estado ofereça meios curativos e preventivos para um maior número de doenças e que estes sejam disponibilizados a toda a coletividade, ou que se disponibilize os meios mais modernos de tratamento para apenas algumas doenças e que estejam acessíveis a um restrito número de indivíduos?

Para ilustrar estas e outras questões afetas ao problema da judicialização das ações de saúde, trazemos a decisão do Juiz Federal Substituto da Vara Federal de Criciúma/SC, Germano Alberton Júnior. Apesar de representar um posicionamento relativamente isolado diante do imenso quantitativo de tutelas antecipadas concedidas, referido julgado demonstra que começam a despontar lentamente as primeiras decisões que se preocupam em realizar uma análise estrutural, técnica e jurídica e não simplesmente entusiástica a respeito dos requisitos preliminares a serem considerados antes da concessão da tutela jurídica que constanja o Poder Público a prestar o atendimento de saúde particularizado.

DECISÃO

ACÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM
ORDINÁRIO) Nº 2009.72.04.000338-1/SC. DECISÃO
(LIMINAR/ANTECIPAÇÃO DA TUTELA).

Cuida-se de ação ordinária proposta contra a UNIÃO, Estado de Santa Catarina e Município de Praia Grande, visando ao recebimento do medicamento TARCEVA® (Erlotinib), uma vez que é portador de neoplasia de pulmão. Acostou aos autos os documentos de fls.19-72. Vieram, então, os autos conclusos. Medicamentos.

O direito fundamental à saúde consta de cláusula expressa na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 196, que possui a seguinte redação: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifo nosso)

O dispositivo assegura aos indivíduos ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e atribui ao Estado a obrigação de cumprir tais ações. O Supremo Tribunal Federal ao se manifestar acerca da efetividade do dispositivo, tem, reiteradamente, declarado tratar-se de norma de eficácia imediata, apta a conferir direitos subjetivos aos indivíduos.

[...]

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

[...] (RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524).

O precedente não deixa dúvidas acerca do direito subjetivo dos indivíduos, frente ao Poder Público, de receber deste os meios adequados e necessários à proteção da saúde. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece a justiciabilidade desse direito, ou seja, a possibilidade de obter, no Poder Judiciário, proteção contra eventual lesão (por ação ou omissão) ou ameaça de lesão. O enunciado normativo veicula, inegavelmente, um princípio (espécie de norma, assim como as regras) que, por estar localizado dentro do texto constitucional, pode ser enquadrado como princípio constitucional. Princípio este, que trata de direito reconhecido como de direito fundamental.

[...]

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

[...] (RE-AgR 393175/RS. Min.CELSO DE MELLO. Julgamento: 12/12/2006. Segunda Turma).

A natureza de norma-princípio de direito fundamental do comando do art. 196 resulta num dever de otimização, ou seja, num dever de máxima efetivação possível dos fins nele previstos, observadas as limitações fáticas e jurídicas, conforme lição de ALEXY: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípio e que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por tanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento no solo depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.” (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, reimpressão de 2002, p. 86).

O artigo 196 da Constituição Federal, por ter natureza de princípio, assegura que todos os indivíduos receberão do Estado tratamento de enfermidades, já que essa interpretação proporciona máxima otimização quanto aos beneficiários da norma. A norma constitucional não permite leitura no sentido de que apenas parte dos indivíduos teria direito ao atendimento de saúde pelo Estado. Interpretação neste sentido violaria, inclusive, o art. 5º que assegura a isonomia de tratamento entre os indivíduos. [...]

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio,

à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo. (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007). [...] (Decisão monocrática em Suspensão de Tutela Antecipada 278-6/AL. Ministro GILMAR MENDES. 22.10.2008).

O mesmo enunciado normativo não permite, sem ferimento ao mandado otimização, exclusão de atendimento quanto ao tipo de enfermidade. O texto da norma refere à obrigação de “redução do risco de doença e de outros agravos” à saúde. Neste sentido, o Estado está constitucionalmente obrigado a promover atendimento de saúde para todas as doenças e agravos. Não há limite de cobertura quanto ao tipo de doença ou agravo.

Pelos argumentos até aqui apresentados tem-se como inafastável, a conclusão no sentido de que todos os indivíduos têm direito a receber do Estado tratamento de saúde para todas as enfermidades e agravos.

Ocorre que a questão, não se esgota no “para quem” e no “para que” o Estado deve fornecer tratamento; é preciso delimitar “o que” deve ser fornecido. A discussão sobre “o que” se deve fornecer, na verdade, veicula questão quanto aos meios para o atendimento da norma constitucional. Se há apenas um meio possível a questão se resolve de forma simples, ou seja, com a adoção do meio. Mas, quando são vários os meios possíveis para atendimento de um fim abre-se a possibilidade de escolha. E a possibilidade de escolha envolve, de um lado, a competência para escolha, ou seja, “quem escolhe” e, de outro, a forma dessa escolha “como se escolhe”.

A Constituição, em se tratando de implementação de políticas para promoção do direito fundamental à saúde, estabeleceu atribuição do Poder Legislativo e, primordialmente, do Poder Executivo para a realização dessa função. O Poder Legislativo tem competência para criar e delinear a amplitude de políticas públicas voltadas à promoção da saúde. Já o Poder Executivo, de forma mais efetiva e minuciosa é que, por meio de seus órgãos, realiza, na prática, a escolha dos meios que respeitem a norma constitucional e as normas regulamentadoras eventualmente editadas. Essa seleção de meios, todavia, não pode ser realizada de forma aleatória e arbitrária, ou seja, devem ser afastadas as escolhas que não sejam adequadas, necessárias ou proporcionais em sentido estrito (preceito da proporcionalidade).

A adequação do meio escolhido resta caracterizada quando demonstrada a eficácia do tratamento para a cura ou para o controle da doença. Neste ponto, cabe fixar que, havendo possibilidade de cura, o meio somente pode ser considerado adequado se for apto a isso. O meio que apenas represente controle de uma doença curável não pode ser considerado igualmente adequado. A necessidade do meio liga-se à regra que afasta a utilização de um meio que restringe outros princípios ou regras em favor do meio que não gera tais restrições. Assim, havendo dois meios possíveis, leia-se igualmente adequados, o Estado deve optar pelo que, por exemplo, represente menor custo ao Erário ou que cause menores efeitos colaterais para o paciente.

A propósito, as reações adversas de um determinado medicamento constituem elemento a ser considerado no subpreceito necessidade e não no subpreceito adequação, pois, neste, o que se avalia é a eficácia do medicamento em relação à enfermidade e não suas consequências em relação a outras funções do organismo, o que pode representar restrição a outros direitos.

Por fim, havendo vários meios que atendem de forma desigual ao fim pretendido e possuindo eles reflexos restritivos distintos quanto a outras normas necessário recorrer ao subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito. Neste subpreceito, haverá a ponderação entre os interesses em jogo, de modo que um seja reconhecido como prevalente nas condições concretas.

A possibilidade de realização da ponderação pressupõe que nenhum direito seja absoluto, ou seja, que inexistam direitos assegurados constitucionalmente que, em quaisquer circunstâncias, devam ser privilegiados em detrimento de qualquer outro direito.

O Supremo Tribunal Federal já afastou, de forma exaustiva, a possibilidade de existência de direitos absolutos:

[...]

4. Ademais, não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis.

[...]

(ADI 2566 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2002, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-03 PP-00570).

[...]

6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.

[...]

(HC 93250, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644).

[...]

2. Inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas. Não há, portanto, violação do princípio da supremacia do interesse público.

[...]

(RE 455283 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 05-05-2006 PP-00039 EMENT VOL-02231-05 PP-00947).

Esse reconhecimento implica em que, por força de dispositivos da própria Constituição, é possível que determinado direito fundamental nela previsto seja relativizado, em uma dada circunstância, em favor da aplicação de uma outra norma constitucional.

Mesmo o direito à vida não é absoluto:

Art. 5º. [...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Em vários momentos a própria Constituição realiza a ponderação estabelecendo a prevalência de um direito em relação a outro em determinada circunstância. Cito como exemplo:

Art. 5º.

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Noutros casos, é o próprio interprete que tem, em havendo colisão entre princípios, que realizar a ponderação, que deve vir acompanhada da necessária argumentação a fim de que sejam conhecidas e controladas as razões apresentadas para a escolha.

O que é certo é que, quanto mais próximo se chega da neutralização de um direito, maior deverá ser o grau de importância de manutenção do outro direito em colisão; maior será, conseqüentemente, a carga argumentativa necessária para a justificação de tal grau de restrição.

No caso do direito à saúde, existindo vários meios com diferentes níveis de eficácia estaria o Estado, obrigado a disponibilizar o

melhor meio?

A princípio, sim.

É que o Estado está obrigado a disponibilizar o meio que mais promove do direito, isso como decorrência do mandato de otimização. Havendo vários meios os adequados, a escolha do melhor promove de forma mais intensa a norma constitucional. Se, de outro lado, o melhor meio for dezenas de vezes mais caro (restringe, portanto, de forma mais intensa outros direitos) que um segundo meio, nasce um problema que exige recurso à ponderação dos interesses em jogo a fim de estabelecer se a promoção do direito à saúde justifica o grau de restrição do outro direito.

É preciso avaliar se a importância da promoção do direito à saúde, no caso concreto, justifica a intensidade de restrição de outras normas constitucionais, tais como as vinculadas ao princípio orçamentário, ao princípio democrático e à igualdade e outros. A realização da ponderação, nesse contexto, exige que sejam relacionadas e avaliadas as diversas circunstâncias presentes no caso concreto.

O relatório médico acostado à fl. 30 afirma que a parte autora já se submeteu a duas linhas de tratamento com medicamentos quimioterápicos antineoplásicos disponibilizados pelo SUS. Todavia, diante de alegada ineficácia dos medicamentos pretende ter acesso a medicamentos para quimioterapia de terceira linha.

O medicamento pretendido, no caso, é o TARCEVA® (Erlotinibe).

Preliminarmente, cumpre apresentar de forma breve as ações estatais previstas para o tratamento dos pacientes com câncer.

A Portaria nº 2.439/GM, de 8 de dezembro de 2005, instituiu a Política Nacional e Atenção Oncológica, traçando diretrizes para promoção, prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação e cuidados paliativos a serem implantadas pelos órgãos do SUS. Regulamentando a Política Nacional de Atenção Oncológica, a Portaria nº 741/GM, 19 de dezembro de 2005, definiu as “unidades de assistência de alta complexidade em oncologia”, os “centros de assistência de alta complexidade em oncologia” (CACON) e os “Centros de Referência de alta complexidade em oncologia”,

especificando os procedimentos que podem realizar e as normas para se credenciar no Programa. Diferentemente de outros programas, a Atenção Oncológica não “padroniza” medicamentos, ou seja, não elabora uma lista de medicamentos que poderão ser disponibilizados aos pacientes.

Em tese, qualquer estratégia terapêutica (incluindo medicamentos) pode ser adotada pelo médico, entretanto, o ressarcimento pelo somente irá ocorrer nos limites estabelecidos. Assim, instituições credenciadas ao prestarem serviços oncológicos ao Sistema Único de Saúde escolhem os fármacos necessários à quimioterapia ou aos outros procedimentos e, posteriormente, requerem ao SUS o ressarcimento do valor gasto. Na prática, acabam escolhendo apenas os tratamentos cujos custos encontram-se dentro dos limites estabelecidos para ressarcimento pelo SUS. Na hipótese dos autos, o medicamento requerido, ultrapassa os limites de valores para tratamento transferidos pelo SUS para as instituições conveniadas.

A questão que se descortina, então, é saber se a norma constitucional assegura, ao indivíduo, direito subjetivo de acesso a tratamentos/medicamentos cujo valor ultrapasse o limite de custeio individual na forma estabelecida pelo programa de Atenção Oncológica.

Embora o programa de Atenção Oncológica não realize escolha de medicamentos e terapias, o fato de estabelecer um valor teto para o ressarcimento implica, na prática, numa escolha, qual seja, a de todos os meios cujos valores sejam inferiores aos limites estabelecidos. Assim, de acordo com os limites estabelecidos, tem-se uma redução ou ampliação da cobertura quanto aos tipos de terapias disponíveis. Um valor muito pequeno pode representar ausência de possibilidade de tratamento. Portanto, a questão trazida aos autos é a de saber se os limites estabelecidos pelo Programa de Atenção Oncológica são constitucionais, ou, dito de outra forma, se os valores teto permitem a disponibilização de um tratamento oncológico que promova o direito fundamental à saúde.

Numa primeira análise, tem-se que o Programa de Atenção Oncológica na forma em que está constituído disponibiliza tratamento que promove o direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, uma vez que os valores disponibilizados permitem uma ampla gama de terapias e medicamentos para a quase

totalidade dos casos de câncer. Os tratamentos disponibilizados atendem aos consensos médicos acerca de cada tipo de enfermidade. É sabido que para além dos tratamentos disponibilizados, sempre ou quase sempre é possível a utilização de alguma terapia a mais, em alguns casos terapias experimentais e com pequenos percentuais de sobrevida ou de melhora de qualidade de vida.

Ocorre que, a princípio, a negativa de disponibilização dessa última linha de tratamento não se apresenta inconstitucional, uma vez que limitações fáticas e jurídicas pesam em favor da não restrição de outros direitos também previstos constitucionalmente e que merecem promoção, fato que ficaria prejudicado pela utilização dos recursos financeiros para custeio dos tratamentos de “resgate”, em regra, extremamente dispendiosos.

No caso da Política de Atenção Oncológica é preciso distinguir a prestação de procedimentos baseados em tratamentos regulares do câncer da prestação de procedimentos baseados no que DWORKIN chama de “princípio do resgate”: Há milênios, os médicos fazem, no mínimo, apologias a uma justiça ideal na medicina, que chamarei de princípio do resgate. Ele tem duas partes vinculantes. A primeira afirma que a vida e a saúde são, como definiu René Descartes, os bens mais importantes: todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens. A segunda afirma com veemência que se deve distribuir assistência médica com equidade, que mesmo em uma sociedade na qual as riquezas sejam muito desiguais e se deboche da igualdade, não se deve negar a ninguém a assistência médica, de que precisa só por ser pobre demais para custeá-la. São ideais compreensíveis e até nobres. Baseiam-se no conhecimento humano geral dos horrores da dor e, além disso, se serem a vida e a saúde indispensáveis a tudo mais que fazemos. (DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 434 - destaque meu).

Esse princípio do resgate, segundo DWORKIN diz que:

[...] devemos gastar tudo o que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. (DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 435 - destaque

meu).

Constata, todavia, que: Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio.

[...]

Assim, a resposta do princípio do resgate à pergunta de quanto a sociedade deve gastar com assistência médica em geral deve ser descartada por inaceitável. (DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 435 - destaque meu).

E acrescenta: É claro que a maioria das pessoas gostaria de viver esses meses adicionais se não adoecessem: a maioria quer continuar viva o máximo possível, contanto que permaneçam conscientes e alertas, e a dor não seja grande demais. As pessoas prudentes, porém, não quereriam garantir esses meses adicionais à custa de sacrifícios durante a juventude, quando estão em pleno vigor, embora, novamente, decerto desejariam que o seguro oferecesse os tratamentos bem menos dispendiosos que manteria seu conforto e as afastasse da dor o máximo possível. (DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 443 - destaque meu). Decisões com base princípio do resgate representam, na verdade, o reconhecimento de que o direito à saúde constitui-se de princípio absoluto, o que não pode ser reconhecido como constitucionalmente acolhido.

Em regra a Política de Atenção Oncológica disponibiliza meios que se constituem em terapias regulares e até avançadas na cura e no controle do câncer. Não se trata de um plano baseado no princípio do resgate. Trata-se de um, plano mediano e eficiente que promove o direito fundamental à saúde dos pacientes. Ainda que, eventualmente, de acordo com as condições do paciente, mesmo essas terapias não passem de paliativos não se pode considerar que o Estado brasileiro tenha optado por um programa baseado no princípio do resgate.

Pertinente mencionar a seguinte passagem em que o Ministro GILMAR MENDES reconhece que não existe direito absoluto à saúde, reforçando a conclusão de que o sistema não está obrigado,

constitucionalmente, a disponibilizar qualquer tratamento:

[...]

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

[...]

(Decisão monocrática em Suspensão de Tutela Antecipada 278-6/AL. Ministro GILMAR MENDES. 22.10.2008).

Uma das principais limitações em sede de prestações estatais é a insuficiência de recursos financeiros. Os recursos de que dispõe o Estado são escassos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades dos indivíduos, motivo pelo qual devem ser distribuídos e utilizados em todas as áreas nas quais o Estado esteja obrigado a atuar.

Há a possibilidade teórica de uma decisão no sentido de que uma determinada área de atuação estatal tenha todos os seus recursos redirecionados a outra(s) atividade(s)? Neste sentido, seria possível uma decisão que direcionasse todos os recursos de uma outra área para a de saúde?

A natureza não absoluta dos direitos indica que sim, todavia, é difícil imaginar uma situação em que haja a possibilidade de uma decisão nesse sentido com argumentação em grau suficiente ao reconhecimento de sua constitucionalidade.

Independentemente da possibilidade de prova em sentido contrário durante a instrução, tem-se, como pressuposto, que os recursos públicos destinados ao custeio das ações de saúde são escassos, limitados e que foram devidamente destinados e vinculados aos programas oficiais. Estabelecido esse pressuposto, qualquer ampliação na cobertura proporcionada pelos programas oficiais

de saúde representa comprometimento de verbas vinculadas, orçamentariamente, a outras finalidades, também contempladas constitucionalmente.

Somente se demonstrado que a ausência do tratamento pretendido implica em numa omissão quanto aos protocolos regulares de tratamento da doença é que se poderia entender como desproporcionais os limites do Programa de Atenção Oncológica.

Essa parece não ser a situação dos autos.

Dos documentos constantes nos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pedido:

a) a parte autora é portadora de neoplasia de pulmão CID C 34.9, em estágio IV com metástases pulmonares (fl. 24);

b) foram realizadas a primeira e segunda linhas de quimioterapia, entretanto

verificou-se a progressão da doença (fl. 24);

c) foi receitado o medicamento Erlotinib (TARCEVA®) por período indeterminado;

d) O relatório medido juntado aos autos traz a informação de que em pesquisa (Fase III) no grupo pesquisado o medicamento proporcionou sobrevida de 1 (um) ano em de 31% dos pacientes, percentual apenas 9 pontos percentuais superior ao obtido com uso do placebo, que foi de 22% dos pacientes (fl. 24).

d) o custo do tratamento para cada trinta dias é de R\$ 6.500,00(seis mil quinhentos reais).

e) o SUS disponibiliza tratamento para pacientes com câncer de pulmão (fl. 27). A CID C34.9 (neoplasia maligna dos brônquios ou pulmões, não especificado) indica carcinoma de pulmão com metástase (categoria M1 na TNM - Classification of Malignant Tumours). O relatório médico não informa se se trata de câncer de “pequenas células” ou de “não-pequenas células” (85% dos casos).

Informação colhida junto ao sítio do Instituto Nacional do Câncer – INCA indica que “no estágio IV a quimioterapia é o tratamento de escolha, porém as chances de cura são extremamente reduzidas”.

Aos casos de câncer “não-pequenas células”, Estádio IV (M1), segundo as “condutas clínicas” divulgadas pelo INCA: “O tratamento padrão é a quimioterapia paliativa, associada ou não a radioterapia paliativa do tumor primário ou da lesão metastática.”

Por sua vez, a indicação de quimioterapia paliativa prevista nas “condutas clínicas” do INCA não prevê a utilização do medicamento pretendido: Quimioterapia Paliativa Reservada para doentes com câncer pulmonar avançado e que se apresentem com PS = 70% (Karnofsky) ou PS = 1 (Zubrod). Esquema quimioterápico: Carboplatina - AUC (area under the curve) = 5 - EV - no dia D1, e Etoposido - 100mg/m²/dia - EV - do dia D1 a D3. a cada 21 dias, num total de 04 ciclos.

Da mesma forma em relação ao câncer de “pequenas células”. Destaca-se, por fim, que a advertência de que: “Para o INCA, qualquer conduta aplicada em suas unidades hospitalares que se encontre fora das aqui especificadas, é considerada experimental ou irregular.”

Vê-se, a princípio, que o tratamento pretendido além de não constar dos protocolos de condutas clínicas do INCA, constitui-se, em verdade, em medida baseada no princípio do resgate.

A ampliação do Programa de Atenção Oncológica para tratamentos de resgate não se apresenta, pelo menos por ora, como relevante de modo a justificar a restrição ao princípio democrático (atribuições constitucionais aos agentes eleitos para a realização da escolha dos meios para o implementação dos fins previstos na Constituição) e orçamentário (previsão e destinação das receitas e despesas do Estado durante determinado período).

Em resumo, sublinho que, a obrigação de universalização do direito à saúde impede, em tese, que todos os meios, para todas as doenças, para todos os indivíduos sejam os melhores e mais modernos, visto que, em regra, são várias vezes mais dispendiosos que os meios

regulares e resultam em restrições à promoção de outros direitos constitucionais.

Se se optasse pelo atendimento de, apenas, parte das doenças ou parte da população haveria a possibilidade de se cogitar acerca da adoção de todos os meios (nestes incluídos os mais dispendiosos). Todavia, essa não parece ser uma opção válida constitucionalmente, já que o texto constitucional não permite discriminação entre os brasileiros quanto ao acesso à saúde, nem parece limitar a ação estatal a determinadas doenças.

Nem seria possível admitir o entendimento de que todos os meios, para todas as doenças, para toda a população sejam os melhores e mais modernos, mesmo que isso tomasse quase todo o orçamento do Estado (“princípio do resgate”). Esta, também, parece ser uma opção inconstitucional, na medida em que os direitos não são absolutos e a Constituição determinou a atuação do Estado em diversas outras áreas, como educação, segurança, infra-estrutura o que, invariavelmente, representa gasto de verbas.

Em sendo assim, é de ser indeferido o pedido de liminar formulado pela parte autora, sem prejuízo de nova apreciação após agregados outros elementos de prova.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Intime-se. Citem-se.

Criciúma/SC, 06 de fevereiro de 2009.

GERMANO ALBERTON JUNIOR

Juiz Federal Substituto

CONCLUSÃO

O trabalho de conscientização do Poder Judiciário vem sendo realizado regularmente pelos membros da Advocacia-Geral da União, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Conforme observamos destas experiências, somente um empenho criterioso de esclarecimento e conscientização do Poder Judiciário a respeito das diversas peculiaridades legislação sanitária poderá gerar a reversão ou denegação de inúmeros pedidos ilegítimos de atuação do Estado, que incluem até mesmo a inserção forçada de medicamentos no Brasil pela Indústria Farmacêutica.

Ressalte-se, por fim que, analisando cotidianamente diversas decisões judiciais pertinentes à concessão de medicamento pelo Poder Público, observamos que existe uma variedade quase antagônica no conteúdo de alguns julgamentos, em especial, quando tomamos como critério de estudo a divisão proposta pela jurisdição federal.

Neste sentido, destaque-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem paulatinamente firmando uma jurisprudência cautelosa no que pertine à legitimidade passiva da União para o fornecimento direto de medicamento², bem como no que se refere à intervenção do Poder Judiciário nas ações de atenção à saúde, especialmente em razão do “efeito multiplicador” e das conseqüências que essas decisões podem gerar no atendimento de outras pessoas pelo Sistema Único de Saúde³.

Não obstante o exposto, ressalve-se que a jurisprudência trazida neste estudo foi reformada pelo TRF-4ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.007154-0/SC.

Como conclusão, apenas à título ilustrativo, apresentamos outras fontes de pesquisa de decisões contrárias à tese da antecipação dos efeitos da tutela contra a União nas ações de saúde:

2 Dente outros julgados, destaca-se o agravo de instrumento n° 2007.04.00.042197-8/SC. (Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=2007.04.00.042197-8&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sisistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em: 30 de junho de 2008).

3 Nesse sentido o agravo de instrumento n° 2008.04.00.012502-6/SC. (Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=2008.04.00.012502-6&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sisistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em: 30 de junho de 2008).

<<http://processual-pa.trf1.gov.br/Processos/ProcessosJEF/ConsProcJEFPro.php?SECAO=PA&proc=200739009273974>>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=2595935&DocComposto=&Sequencia=&hash=3ba93fc0621d6d106e7302f6cc6d9d48>

<http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm>

<<http://www.trf3.gov.br/trf3r/index.php?id=26>>

<<http://processual-ba.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecapro.php?SECAO=BA&proc=200733000071589>>

<<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=43&dataPublicacaoDj=05/03/2007&numProcesso=91&siglaClasse=STA&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=21&codMateria=7>>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2241771&hash=5af63557e545388d266b6cbf9bf7e7a>

<<http://www.jfsp.jus.br/jef/>>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=1970170&DocComposto=&Sequencia=&hash=8881d9c86419590887500233f4288b6d>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=1903031&DocComposto=&Sequencia=&hash=c47770b5664918405fbb2d2711ee3a19>

<<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700605703&pv=010000000000&tp=51>>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=2007.72.10.001213-0&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>

<<http://processual-mg.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecapro.php?SECAO=MG&proc=200738000048939>>

