



Ingo Sarlet
Juiz e professor

Créditos para fornecimento de medicamentos (parte 2)

Na [coluna anterior](#) tivemos a oportunidade de apresentar, em traços gerais,

os critérios recentemente estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao deferimento (ou indeferimento) de pleitos deduzidos em Juízo e que tenham como objeto a dispensação, pelo Poder Público, de medicamentos não incluídos na lista elaborada pelo Ministério da Saúde e disponibilizados à população no âmbito do SUS.

Verificou-se, ainda, que tais critérios em geral guardam sintonia em maior ou menor medida com aqueles propostos pelos ministros que já proferiram os seus votos no âmbito das duas repercussões gerais já reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, designadamente, sobre os medicamentos não constantes na lista respectiva do SUS e medicamentos ainda não submetidos ou aprovados pela Anvisa.

Da mesma forma, em todos os casos seguem sendo — pelo menos é o que se depreende por ora do estado da arte dos julgamentos — substancialmente os critérios fixados na STA 175, julgada em março de 2010 (relator ministro Gilmar Mendes), que teve como escopo medicamento de alto custo que ainda não havia sido aprovado e registrado na Anvisa e da mesma forma não incluído na lista do Ministério da Saúde.

Note-se, numa primeira mirada, que embora as decisões referidas (a começar pela STA 175) tenham por objeto a dispensação de medicamentos, parte dos parâmetros e argumentos — em especial no caso da STA 175 — dizem respeito a prestações vinculadas ao direito à saúde em sentido amplo, mas que, no contexto específico dos medicamentos assumem uma dimensão particular e atraem questões específicas.

Dentre os aspectos de ordem geral, é possível constatar que tanto o STJ quanto os votos já proferidos nas repercussões gerais no STF partem do pressuposto de que em caráter excepcional é possível ao Poder Judiciário reconhecer um direito subjetivo originário a prestações vinculadas ao dever estatal de proteção e promoção da saúde. Dito de outro modo, na ótica de ambos os tribunais superiores atribuem ao direito à saúde (aqui em sentido amplo) a condição de trunfo contra a maioria e que não pode ter a definição do seu objeto (como direito subjetivo) relegada exclusivamente ao alvedrio do legislador ordinário ou da



administração pública. Portanto, embora em regra o direito à saúde, na sua dimensão subjetiva, seja um direito derivado a prestação (de igual acesso as prestações já disponibilizadas no âmbito do SUS), não poderá ser tratado como mero direito de matriz legal, o que desnaturaria a sua condição de direito fundamental.

Lembre-se, ainda, que já na STA 175 o STF havia firmado entendimento (até o momento mantido) de que o direito à saúde, na condição de direitos fundamental social a prestações materiais, tem uma dupla dimensão individual e coletiva, de tal sorte que não podem ser pura e simplesmente refutadas ações de caráter individual. Particularmente relevante é o fato de que na esteira de decisões anteriores, o STF reafirmou que cabe ao poder público demonstrar, em concreto, a efetiva indisponibilidade dos recursos, de tal sorte que é sobre ele que recai o ônus de provar tal fato impeditivo do direito do demandante. Ao autor da demanda, o particular, cabe provar a necessidade de obter determinado bem ou serviço do Estado, o que remete tanto ao aspecto fático proteção da saúde propriamente dito quanto à prova da falta de recursos econômicos para a aquisição no mercado do tratamento de saúde. Por derradeiro, estabeleceu-se uma diferenciação entre os assim chamados medicamentos novos e os experimentais, consistindo os primeiros em medicamentos não incorporados pelo SUS (com ou sem aprovação pela Anvisa), ao passo que no caso dos últimos se trata de medicamentos que sequer tiveram a fase de testagem (protocolos de pesquisa) concluídos e que, além disso, foram disponibilizados para venda depois do respectivo registro na agência de vigilância sanitária no país onde foram produzidos.

À vista do exposto, é possível sustentar que a decisão do STJ, ao exigir o registro na Anvisa, em certa medida acabou por desviar dos parâmetros postos na STA 175, limitando de tal sorte o reconhecimento judicial de um direito subjetivo a prestações a casos — e mesmo assim excepcionais — não incorporados ao SUS. Mesmo que se possa objetar aqui eventual distinção entre o caso julgado pelo STJ e o objeto das repercussões gerais, o fato é de que pelo menos no caso ora referido (STJ) a posição foi mais restritiva que a adotada na STA 175.

Um ponto que merece destaque é que no caso da decisão do STJ, além da definição de critérios materiais para balizar os julgamentos das instâncias inferiores, ficou estabelecido que depois de transitada em julgado a decisão em cada caso concreto (envolvendo a obrigação de dispensação de fármacos não constantes nas “listas” do SUS), o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologias do SUS fossem comunicados para o efeito de procederem a estudos sobre a viabilidade de serem os medicamentos pleiteados incorporados às prestações a serem disponibilizadas pelo SUS.

Com tal provimento — que é de se aplaudir — o STJ, sem impedir em si o ajuizamento de ações individuais, embutiu um elemento vinculado à dimensão transindividual do direito à saúde, visto que a incorporação dos medicamentos pleiteados ao SUS (caso aprovada pelos estudos realizados) implica a sua disponibilização em caráter geral, atendendo ao dever constitucional cometido ao poder público de assegurar o acesso igualitário e universal aos bens e serviços em saúde. Que isso também acaba por inibir demandas individuais, por sua vez, dependerá do cumprimento pelo Estado de sua obrigação, pois não faltam casos (pelo contrário, trata-se mesmo da maioria) nos quais o que se busca em Juízo é pura e simplesmente que o Estado dispense aquilo que deve fornecer com base na lei e no SUS. Nesse sentido, é possível afirmar que a decisão do STF assumiu o caráter de uma decisão de natureza estruturante, pois não impôs a incorporação do medicamento, mas sim, limitou-se a determinar — mediante um diálogo de natureza institucional — que o Poder Executivo promova os estudos técnicos pertinentes de modo a



averiguar da conveniência e mesmo necessidade de tal incorporação.

Já por tal razão, percebe-se que de algum modo estão sendo agregados elementos novos ao processo da assim chamada judicialização da saúde e que, ainda que sigam atraindo críticas e perplexidades, também dão mostra de uma preocupação no sentido de uma maior racionalidade e consistência, ademais de uma postura um tanto mais deferente por parte dos órgãos judiciários em relação aos demais atores estatais, com destaque aqui para o Poder Executivo.

De qualquer sorte, ainda estamos distantes de enfrentar, mesmo que sumariamente, os principais aspectos que suscitam as decisões do STJ e do STF, o que retomaremos na próxima coluna.

Date Created

11/05/2018