



MARIANA GRACIOSO BARBOSA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA
AIDS/HIV**

**Monografia apresentada a Banca Examinadora da
Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, como
exigência parcial para conclusão da Escola de
Formação, sob a orientação do Professor Marcos
Paulo Veríssimo.**

**- SÃO PAULO –
2005**

ÍNDICE:

1. INTRODUÇÃO.....	3
2. METODOLOGIA.....	7
3. SOBRE A AIDS/HIV: ASPECTOS DA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA..	10
5.1. Grupo 1: Da aplicabilidade imediata da norma.....	36
5.2. Grupo 2: Da Regulamentação do Artigo 196	43
5.3. Grupo 3: Da Utilização de Decisões Anteriores	46
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 implementou uma mudança fundamental no Estado Brasileiro: a constitucionalização de inúmeros direitos sociais e coletivos que, até então, não estavam protegidos sob a égide constitucional¹. Com isso, passou-se de uma ordem garantista (na qual o acesso ao Judiciário restringir-se-ia a pedir proteção e conservação de um bem jurídico que já se tem), a uma ordem de caráter promocional, na qual há espaço jurídico para recorrer ao Judiciário a fim de obter acesso a bem que ainda não se tem, mas que se deseja ter em virtude de promessas constitucional, política ou legalmente feitas².

Diante disso, novos atores sociais e movimentos sociais passaram a recorrer ao Judiciário para tentar suprir a falta de efetividade destes direitos, agora positivados, os quais demandam um *facere* positivo - aqui entendido como uma atuação prestacional - do Poder Público.

Ocorre que, face ao princípio constitucional da tripartição dos poderes, compete ao Poder Executivo e Legislativo determinar a alocação dos recursos oficiais para o cumprimento de programas e objetivos de governo anteriormente propostos aos cidadãos, uma vez que ambos poderes são fundamentados pela

¹ Importante destacar que até a Constituição de 1891 (consideradas as Constituições do Império), a proteção constitucional limitou-se somente aos direitos fundamentais de primeira geração, ou direitos e garantias individuais. A Constituição de 1934 trouxe algumas inovações como, por exemplo, a inserção no texto constitucional dos direitos de nacionalidade e direitos políticos, bem como do direito à vida. No que tange à saúde, o artigo 138, alíneas “f” e “g” previa que “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios: adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais” e o artigo 140 previa a responsabilidade da União no combate às grandes endemias do país. A partir da Constituição de 1946 (incluem-se no âmbito dessas considerações as Cartas de 1967 e 1969), observa-se uma crescente preocupação com o direito dos trabalhadores, principalmente no que tange à educação e à “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva”.

No entanto, a Constituição de 1988 foi a que acolheu de forma mais abrangente o conceito de direito social, assegurado a toda a sociedade, como meio para atingir o bem-estar e a justiça social, objetivos do Estado Brasileiro constitucionalmente determinados.

² LOPES, José Reinaldo de Lima, “Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário”, in “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, org. José Eduardo Faria, Ed. Malheiros, 1994.

legitimidade popular. De fato, cabe ao Poder Público a formulação e a implementação de ações positivas no sentido de realizar seu programa de governo e, conseqüentemente³, de conferir efetividade aos direitos e princípios constitucionais. Tem-se, portanto, que as denominadas “políticas públicas⁴” constituem a forma típica de atuação do Executivo na consecução de seus objetivos.

Ora, a partir do momento que os movimentos sociais e os cidadãos brasileiros recorrem ao Judiciário pleiteando a efetivação de direitos sociais – os quais exigem desempenho político-administrativo do Executivo, do Legislativo e alocação de recursos do orçamento público -, o provimento dos pedidos formulados implica, obrigatoriamente, a intervenção judicial em tema de implementação de políticas públicas: seja porque a decisão judicial determina que recursos públicos sejam alocados em ações que não foram priorizadas pelo Governo, seja porque a decisão judicial pretende produzir efeitos no âmbito de uma política social/econômica já formulada (no sentido de expandi-la ou alterá-la).

Este conflito, inicialmente descrito em termos gerais, é um dos temas mais polêmicos e instigantes discutidos atualmente no âmbito da Ciência do Direito. Questiona-se, acima de tudo, a legitimidade do Judiciário para atuar desta

³ Entende-se que os dirigentes do Poder Executivo, por força do Estado Democrático de Direito e do princípio da legalidade, têm o dever de submeter-se à ordem constitucional brasileira e de atuar conforme o interesse público.

⁴ De acordo com Maria Paula Dallari, “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato” (BUCCI, Maria Paula Dallari, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, Ed. Saraiva). Em artigo intitulado “Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos”, publicado na Revista da Faculdade de Saúde Pública, Maria Paula Dallari observa definição de William Clune, do direito público estadunidense, “*by definition, all law is public society, in that is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that it depends on laws and lawmaking for at least some aspect of its existence*”. Em tradução apresentada pela jurista, “por definição, todo direito é política pública, e nisso está a vontade coletiva da sociedade expressa em normas obrigatórias; e toda política pública é direito, nisso ela depende das leis e do processo jurídico para pelo menos algum aspecto de sua existência”.

forma, afinal, diferentemente dos outros dois Poderes, aquele não é escolhido democraticamente. Ademais, indaga-se se a lógica utilizada pelo Judiciário, ao decidir pela alocação de recursos, é compatível com a necessidade de respeitar a restrição orçamentária do Estado Brasileiro⁵.

De qualquer forma, a despeito dos debates doutrinários, são inúmeras as decisões em que o Poder Judiciário, em suas diversas esferas, decide pela alocação de recursos orçamentários para efetivação de direitos sociais. Como já foi dito, em alguns casos estas decisões produzem efeito no âmbito de políticas públicas já formuladas pelo Executivo e/ou Legislativo, em outros, determinam o gasto público em ações não previstas em qualquer tipo de programa social ou econômico.

Assim, diante da importância de que este debate não se limite ao âmbito doutrinário, o presente trabalho pretende analisar a forma como o Supremo Tribunal Federal, representante do poder Judiciário e detentor da jurisdição constitucional, tem-se posicionado. Para tanto, optou-se por trabalhar com a jurisprudência em que este tribunal trata do acesso à medicamentos para tratamento da AIDS, uma política pública há algum tempo promovida pelo Governo Brasileiro.

Constatou-se, no entanto, que a jurisprudência do Supremo sobre este tema – composta por 11 acórdãos e 37 decisões monocráticas - é unânime em conceder os medicamentos pleiteados (na medida em que mantém as decisões de 2ª instância que decidiram neste sentido). Diante disto, a proposta desta monografia é desvendar **como** o Supremo Tribunal Federal decide nestes casos.

⁵ Conforme explica o Prof. Oscar Vilhena, “isto porque não estão os juizes treinados para a função de *decision makers*, nem legitimados majoritariamente para isto”. (VIEIRA, Oscar Vilhena, “Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política”, Ed. Malheiros, 2ª ed., p.37).

Por fim, durante a elaboração deste trabalho, constatou-se a existência de dois outros que abordam temática bastante semelhante. São eles: “O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS”, desenvolvido pelo grupo PET-CAPEs, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e que buscou compreender como a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo impactou a política pública de fornecimento de medicamentos a portadores do vírus HIV, no período compreendido entre 1997 e junho de 2004, no município de São Paulo; e o trabalho “O Remédio via Justiça – um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais⁶”, publicado pelo Ministério da Saúde em 2005. Assim, buscar-se-á desenvolver um paralelo entre o presente trabalho e os dois citados anteriormente, com a finalidade de permitir uma comparação entre os dados obtidos e enriquecer o debate sobre o tema abordado.

⁶ Este trabalho pretende “analisar o comportamento do poder Judiciário e de outros atores envolvidos no acesso a novos medicamentos e a novas tecnologias, o estudo traça a complexa tramitação da incorporação dos anti-retrovirais na rede pública de saúde, ressaltando as variantes do contexto em que inserem as ações judiciais”. Para isto foram recolhidas informações relacionadas ao porquê da grande quantidade de ações e, para a análise das ações judiciais, foram pesquisadas as decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), e os Tribunais de Justiça dos estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Ceará e do Distrito Federal.

2. METODOLOGIA

Inicialmente, para a realização do presente trabalho, foi realizada breve pesquisa doutrinária para que os termos a serem pesquisados, no momento da pesquisa jurisprudencial, fossem definidos com mais critério e rigor.

Assim, uma vez escolhidos os termos (AIDS; HIV; Medicamento(s); 196; remédio(s); concessão; distribuição; fornecimento e acesso), foram feitas diversas combinações entre os mesmos, a fim de obter-se um maior espectro de resultados. No momento seguinte, estes termos foram usados para pesquisa jurisprudencial no *sítio* do Supremo Tribunal Federal⁷. Dentre as ferramentas disponíveis no *sítio* para pesquisa foram utilizados os campos “Pesquisa Simultânea de Jurisprudência”, “Pesquisa de Acórdãos – Acórdãos e Decisões Monocráticas” e “Notícias”.

No resultado da pesquisa, como já mencionado anteriormente, foram identificadas 48 (quarenta e oito) decisões⁸ - 11 acórdãos e 37 decisões monocráticas - as únicas que tratavam especificamente da questão do fornecimento de medicamentos para o tratamento do vírus HIV⁹. Para melhor atender à proposta do trabalho, optou-se por realizar uma análise quantitativa e outra qualitativa.

Para a realização da primeira análise, foram utilizados, em grande parte, critérios similares aos utilizados no trabalho desenvolvido pelo PET/CAPES, o que possibilita comparar os resultados obtidos pelos dois trabalhos. Assim, em um primeiro olhar investigativo das decisões, buscou-se identificar a classe processual, o número das decisões, a identificação das partes e qual ente

⁷ Supremo Tribunal Federal (2005) www.stf.gov.br.

⁸ A pesquisa foi realizada no período de 27 de junho de 2005 a 28 de agosto de 2005.

⁹ Importante destacar que não foram inseridas no universo de pesquisa as decisões que decidem sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento de doenças decorrentes do vírus HIV. Além disso, também não foram incorporadas as decisões que utilizam acórdãos que tratam do fornecimento de medicamentos da AIDS como precedente em casos que abordam outras doenças.

federativo havia sido condenado em primeira/segunda instância. Já em um segundo momento, buscou-se identificar os seguintes itens:

- pedido postulado na ação ordinária (em termos materiais)*;
- pedido postulado no recurso remetido ao STF e fundamentos;
- se o julgador, ao decidir a causa, considera que a efetivação do direito à saúde está condicionada a uma política pública do Executivo (ação positiva) ou se considera este direito como norma constitucional passível de aplicação e eficácia imediata*¹⁰; e
- se o julgador define o direito à saúde como direito individual ou coletivo*.

Ademais, por tratar-se de uma questão técnica, que define a re-alocação de recursos e incide em questões distributivas e orçamentárias, buscou-se conferir se os julgadores utilizam critérios econômicos para a decisão* (em termos de restrições orçamentárias¹¹) e se consideram os possíveis impactos sócio-econômicos de suas decisões*, quando estas acarretam a re-alocação de recursos destinados à saúde pública.

Por fim, para a realização da análise qualitativa, optou-se por circunscrevê-la a algumas decisões. Assim, para delimitar o universo de análise, foi desenvolvido um modelo em que foi contabilizado o número de vezes que cada decisão fora utilizada em outras decisões como precedente da Corte. Com isso, pretende-se restringir a análise qualitativa às decisões que o próprio Supremo Tribunal Federal entende serem de maior relevância¹².

¹⁰ Este critério abrange o conceito de norma programática – que não contém todos os requisitos para produzir efeitos - e o de norma de aplicabilidade imediata.

¹¹ Neste sentido, a utilização do critério econômico não foi vinculada ao resultado do julgamento, ou seja, não foi feito juízo de valor sobre a forma como foi utilizado. Considerou-se que foram utilizados critérios econômicos nos casos em que o julgador apresentou argumentos que demonstram que este considerou a limitação dos recursos públicos e a vinculação da administração à previsão orçamentária.

* Critérios utilizados pelo PET/CAPES.

¹² Nota-se que, no caso das decisões em que o voto limitou-se a transcrição de outras decisões, foram consideradas as decisões citadas no acórdão transcrito.

Assim, em termos de análise qualitativa, optou-se por limitá-la a 21 decisões e dividi-la em dois momentos. O primeiro momento consiste em uma tentativa de desvendar as principais linhas argumentativas seguidas pelos Ministros nas decisões analisadas. O segundo trata do modo como os Ministros utilizam os precedentes do Supremo em uma questão aparentemente pacífica em sua jurisprudência.

3. SOBRE A AIDS/HIV: ASPECTOS DA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA

Para entender um pouco mais dos acórdãos discutidos a seguir, é imprescindível que seja elaborado um breve panorama da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), uma doença que se manifesta após a infecção do organismo humano pelo vírus da Imunodeficiência Humana (HIV). Esta sigla é proveniente do inglês - *Human Immunodeficiency Virus*¹³.

O vírus HIV, ao destruir os linfócitos (as células responsáveis pela defesa do organismo), acarreta a inabilidade do organismo de se defender contra bactérias, vírus, protozoários. Com isso, a pessoa torna-se vulnerável e suscetível a adquirir infecções e doenças oportunistas, caracterizando a imunodeficiência.

A AIDS está incluída no rol das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) porque uma das formas de contágio é o estabelecimento de relação sexual sem preservativo. Neste sentido, por muito tempo, a AIDS foi rotulada como uma doença circunscrita às pessoas mantenedoras de relação homossexual, o que revela enorme preconceito e falta de conhecimento¹⁴. Entretanto, como o vírus HIV pode ser transmitido pelo sangue, sêmen, secreção vaginal e pelo leite materno, é evidente que há outras formas de contágio¹⁵ como, por exemplo, pelo

¹³ Informação extraída da URL www.aids.gov.br, acessada dia 31/10/2005.

¹⁴ Neste contexto, a despeito de ser comumente empregado, é bastante criticável o termo “grupo de risco”, em referência a grupos supostamente mais vulneráveis à infecção, por revelar um certo grau de preconceito. Tem-se entendido como mais adequado o termos “situações de risco”.

¹⁵ Apesar de serem denominadas “formas de contágio”, discute-se muito qual a terminologia adequada, uma vez que o termo “contágio”, no senso comum, converge para o entendimento de que a infecção pelo vírus HVI pode se dar por aperto de mão, pelo beijo ou até mesmo pelo abraço. Infelizmente, na leitura das decisões sobre a AIDS, percebeu-se um elevado grau de desconhecimento por parte dos Ministros do Supremo, inclusive no que tange ao colocado anteriormente, como, por exemplo, na ementa transcrita a seguir:

“SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida”.(AGRAG 238328, DJ 18.02.2000, Marco Aurélio). Na realidade, uma vez que ainda não se tem a cura da AIDS, a única forma de prevenção é a conscientização da sociedade (uso de preservativos, exames de sangue no caso de doação,

uso da mesma seringa ou agulha que uma pessoa contaminada¹⁶ ou pela transfusão de sangue contaminado¹⁷.

Os primeiros casos de AIDS foram registrados no final da década de 70 e início da década seguinte, nos EUA, Haiti e África Central. Neste primeiro momento, os casos – de pneumonia, causada pelo organismo *Pneumocystis carinii*, e de sarcoma de Kaposi, um câncer raro -, foram registrados entre homossexuais masculinos, o que levou ao pré-conceito de que esta é uma doença confinada a determinada opção sexual¹⁸.

Posteriormente, em 1982, 14 (catorze) países, inclusive o Brasil, diagnosticaram casos da doença. Neste período, adotou-se no Brasil, como substantivo, a sigla formada na língua inglesa pela expressão "Síndrome de Imunodeficiência Adquirida" como termo descritivo, justamente para evitar o teor discriminatório de denominações originalmente propostas¹⁹.

Com a identificação do vírus HIV como agente causador da AIDS, em 1983, foi possível obter um avanço significativo nas pesquisas relacionadas a esta doença. Inicialmente, foram viabilizados testes para o diagnóstico do vírus, o que melhorou as condições de prevenção da doença. Alguns anos depois, em 1987, foi aprovada a utilização da primeira droga para o tratamento da AIDS, o AZT (Zidovudina), que reduz a multiplicação do vírus no organismo humano.

cuidados com a higiene em intervenções cirúrgicas), os medicamentos permitem uma vida mais longa e com mais qualidade.

¹⁶ Esta forma de contágio apresenta grande número de incidência nos grupos de consumidores de drogas injetáveis (cocaína, heroína), já que, muitas vezes, a mesma seringa é utilizada por várias pessoas. Diante disto, registra-se que, em muitos países no mundo (P.Ex: Holanda) foram elaboradas campanhas para distribuir seringas descartáveis aos usuários de drogas, como uma medida para diminuir o risco de contágio.

¹⁷ Este é o caso do famoso sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, que defendia o tratamento digno dos doentes de aids.

¹⁸ Inclusive, antes de ser denominada AIDS, esta doença era conhecida como "câncer gay". Informações extraídas do documento "O Remédio via Justiça – Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais", publicado pelo Ministério da Saúde, em 2005.

¹⁹ Apesar disto, a imprensa e parte da população continuou a utilizar termos como "câncer gay", "peste gay" e Doença dos 5 H" - Homossexuais, Hemofílicos, Haitianos, Heroínômanos (usuários de heroína injetável), Hookers (profissionais do sexo em inglês).

Neste período, a sociedade brasileira já começara a despertar para a AIDS, um dos mais graves problemas de saúde pública enfrentados pela comunidade mundial nos últimos tempos. Assim, em 1984 foi criado o primeiro programa de notificação da AIDS no país, o Programa da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo. No ano seguinte, foi fundado o GAPA - Grupo de Apoio à Prevenção à Aids – a primeira ONG do Brasil e da América Latina na luta contra a AIDS, que está representada em todas as unidades federadas do país. Por fim, esta primeira fase culminou com a consolidação do *Programa Nacional de Prevenção de DST e AIDS*²⁰, no ano de 1986, baseado numa estratégia fundamentalmente preventiva²¹.

Em 1991, iniciou-se o processo para aquisição e distribuição gratuita dos medicamentos anti-retrovirais, como o AZT²². Passados cinco anos destes esforços e, em resposta à pressão dos grupos sociais, foi editada a Lei nº 9.313, que determina a distribuição gratuita de medicamentos aos “portadores do vírus HIV e doentes de AIDS”²³. Importante ressaltar, que este período coincide com o

²⁰ Em realidade, o Programa foi criado em 1985, por meio da Portaria 236 do Ministério da Saúde. Neste momento, 11 estados já haviam organizado serviços visando o enfrentamento da epidemia nos moldes dos esforços paulistas. A partir destas experiências, foram definidas as estratégias nacionais desse primeiro período. É possível resumir essas estratégias através do tripé: informação, diagnósticos/aconselhamento e ações focadas em grupos considerados em maior risco para a infecção pelo HIV/AIDS. (Informação extraída da URL http://www.aids.gov.br/abia/abia_prevencao.htm, consultada dia 11 de novembro de 2005).

²¹ “Uma das características essenciais do Programa brasileiro tem sido sua fundamentação na indissociabilidade das ações de prevenção e assistência, entendimento este que perdurou mesmo antes da introdução da terapia anti-retroviral”. (www.aids.gov.br)

²² De acordo com as informações obtidas *sítio* do Programa Nacional de DST/AIDS, no ano de 1994, época em que o Banco Mundial passou a atuar como financiador de projetos na área de saúde, o Brasil assinou acordo que impulsionou o desenvolvimento do Programa. Este acordo incentiva a participação de organizações não-governamentais (ONGs) no programa, o que levou ao aumento da participação das mesmas na formulação e implementação das políticas em âmbito nacional.

²³ “Art. 1º: Os portadores.s do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

advento de uma nova classe de fármacos, os inibidores da protease, e uma nova abordagem terapêutica caracterizada pela utilização simultânea de múltiplas drogas, que se mostrou eficaz em deter a progressão da doença e da deterioração do sistema imunológico²⁴.

A aprovação desta lei permitiu que o Programa desse um passo à frente em relação à boa parte do mundo e adotasse uma política de distribuição de medicamentos, incorporada ao Sistema Único de Saúde (SUS)²⁵, para todos os portadores do vírus HIV, sem qualquer distinção referente à sexo, idade, opção sexual. Esta política mostrou-se extremamente eficiente não só sob o ponto de vista de mortalidade, mas também sob o aspecto econômico, uma vez que os gastos com ações preventivas e com o tratamento nas fases iniciais são muito

Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário”.

- Nota-se que, em muitas decisões os Ministros referem-se ao *caput* do artigo 1º, que trata da gratuidade de toda medicação necessária. Contudo, logo no primeiro parágrafo, determina-se que, de fato, serão disponibilizados os medicamentos padronizados.

²⁴ Esta nova terapêutica possibilitou uma redução bastante drástica no índice de mortalidade causada pela AIDS. Informação obtida em http://www.aids.gov.br/abia/abia_prevencao.htm, dia 11 de novembro de 2005.

²⁵ O SUS foi criado pela Lei nº 8.080/90 e compreende “o conjunto de serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º). A Constituição Federal, em seu artigo 198, faz referência ao SUS, definindo-o como um sistema público, nacional e de caráter universal, baseado na concepção de saúde como direito de cidadania e nas diretrizes organizativas de: descentralização, com comando único em cada esfera de governo; integralidade do atendimento; e participação da comunidade. A implantação do SUS não é facultativa e as respectivas responsabilidades de seus gestores – federal, estaduais e municipais – não podem ser delegadas. O SUS é uma obrigação legalmente estabelecida. (Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. - Brasília : CONASS, 2003.). Neste sentido, diante do sistema federativo adotado pelo Estado Brasileiro, o SUS adquire destacável importância no papel de política social de redistribuição, redução das desigualdades e iniquidades no território nacional e inclusão social. Por fim, sobre o financiamento e organização do SUS, cumpre ressaltar que o primeiro é de responsabilidade das três esferas federativas. Já no que tange à organização, as responsabilidades de gestão são divididas entre os entes pela lei e por Normas Operacionais. Instituídas por portarias ministeriais, estas normas definem as competências de cada esfera de governo e as condições necessárias para que Estados e municípios possam assumir as novas posições no processo de implantação do SUS.

menores do que os decorrentes das internações e tratamentos de pacientes em estado mais grave ou terminal²⁶.

Além da mera distribuição dos medicamentos, o Programa preocupou-se com a monitoração da resposta dos pacientes à medicação, como meio para avaliar sua eficácia. Por isso, estimulou-se que dois exames, em particular, a contagem de linfócitos CD4 (subpopulação de células do sistema imune com papel chave no sistema imunológico, que quando abaixo de um determinado valor indicam o comprometimento grave do mesmo) e o teste de carga viral, que identifica a quantidade de vírus circulando no organismo (ao contrário dos testes sorológicos, que assinalam a presença de anticorpos para o HIV), fossem incorporados aos laboratórios ligados ao SUS e disponibilizados à população, configurando a Rede Nacional de Laboratórios para Realização de Exames de Carga Viral e Contagem de CD4+/CD8+. Posteriormente, foi incorporado à rede pública o exame de genotipagem, uma importante ferramenta de monitoramento da resistência viral²⁷.

Retomando o objeto deste estudo – a distribuição de medicamentos -, cumpre mencionar que, com vistas a efetivar a política de fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, e, aproveitando a estrutura

²⁶ “A política de oferecer tratamento universal aos portadores do vírus permitiu reduzir a mortalidade em 50% e fez o Sistema Único de Saúde (SUS) economizar pelo menos US\$ 2 bilhões nos últimos cinco anos, com internação e doenças oportunistas (são as que atacam o corpo debilitado pelo HIV”. (<http://www.brasil.gov.br/emquestao/eq230.htm>, consultada dia 10 de novembro de 2005).

Além disso, a revista britânica “The Economist” publicou artigo, em 28 de junho deste ano, sobre a experiência do Brasil no tratamento da AIDS. O artigo destaca que a previsão do Banco Mundial feita para o país (de 2 milhões de infectados em 2000) foi reduzida pela metade. Ressalta ainda que, apesar dos gastos do Governo Brasileiro com as drogas anti-retrovirais serem calculados em 1,8 bilhões de dólares no período de 1996 a 2002, estima-se que foram economizados 2,2 bilhões de dólares em gastos com internações hospitalares. “*The fourth lesson is to do the sums. One of the arguments that has sustained Brazil's anti-AIDS programme is “if you think action is expensive, try inaction”. The government spent \$1.8 billion on anti-retroviral drugs between 1996 and 2002 but estimates that early treatment saved it more than \$2.2 billion in hospital costs over the same period. Add that to the GDP loss that Brazil would have suffered if the World Bank had been right, and an aggressive programme of prevention and treatment does not seem so costly after all.*”

²⁷ O material obtido nestes laboratórios e os estudos realizados fornecem importante subsídio para pesquisas, realizadas em âmbito mundial, acerca de eventual vacina contra o vírus HIV. (Informações extraídas da URL www.aids.gov.br.)

descentralizada do SUS, foram estabelecidas parcerias entre os entes federativos, que repartiram a responsabilidade pela aquisição dos medicamentos (anti-retrovirais e infecções oportunistas) e instituíram formas de repasse de recursos (cumpra destacar que as parcerias não são estanques e, à medida que novas necessidades surgem, novas parcerias são estabelecidas)²⁸. A seguir, será delineada a organização de União, Estados e Municípios, característica fundamental desta política pública.

Compete à Coordenadoria Nacional de DST e HIV/AIDS do Ministério da Saúde definir e promover a implementação desta política de saúde, em âmbito nacional, e apoiar as Secretarias de Saúde estaduais e municipais nas atividades referentes à distribuição e garantia de medicamentos anti-retrovirais, vigilância epidemiológica, na implantação de Centros de Aconselhamento e Testagem Anônima e capacitação de profissionais.

Neste sentido, em 2002 o Ministério da Saúde editou uma portaria que instituiu o incentivo para Estados, Distrito Federal e municípios no âmbito do Programa Nacional, por meio do repasse de recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) para os respectivos fundos estaduais e municipais de Saúde. Com isso, os Estados e Distrito Federal, que estiverem qualificados para o recebimento do incentivo instituído, poderão, por exemplo, pleitear recursos adicionais para a disponibilização da fórmula infantil às crianças - cujas mães são portadoras do vírus HIV e, por isso, estão expostas ao contágio - durante os seis primeiros meses de vida.

Antes de prosseguir, cabe lembrar que a divisão de funções no contexto do SUS é estabelecida por Normas Operacionais - formalizadas por portaria do Ministério da Saúde -, cujo conteúdo é definido de forma compartilhada entre o Ministério e os representantes do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde

²⁸ No que tange à formulação de políticas preventivas, tem-se parcerias estabelecidas, inclusive, com organizações não-governamentais e outros segmentos da sociedade civil.

(CONASEMS). Em âmbito nacional, estes foros de negociação e deliberação foram denominados “Comissão Intergestores Tripartite” (CIT), e são integrados por representantes do Ministério da Saúde, do CONASS e do CONASEMS. Já no âmbito estadual, funciona órgão paralelo, a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), composta por dirigentes da Secretaria Estadual de Saúde e do órgão de representação dos Secretários Municipais de Saúde do Estado. Isto faz com que todas as decisões sobre medidas para a implantação do SUS sejam negociadas nessas comissões após amplo processo de discussão.

Assim, dentro de sua competência, constitucionalmente definida, de promover políticas públicas, o Poder Executivo definiu²⁹ que a aquisição de medicamentos para o tratamento da AIDS é de responsabilidade do Ministério da Saúde, que deve repassá-los às Secretarias Estaduais de Saúde. A estas compete, por meio das Coordenações Estaduais de DST/AIDS ou das Coordenações Estaduais de Assistência Farmacêutica, a distribuição às farmácias do Estado ou Municípios, responsáveis pela dispensação aos pacientes notificados e cadastrados no Sistema de Controle Logístico de Medicamentos (SICLOM). Nota-se que, no que tange a esta última parte, as responsabilidades serão definidas pela respectiva Comissão Intergestores Bipartite³⁰.

Outrossim, o Programa Nacional edita, periodicamente, um documento denominado Consenso Terapêutico, que define os parâmetros de tratamento e

²⁹ Ainda antes da Lei nº 9.313/96, a Portaria nº 21, de 21 de março de 1995, determinou que a redistribuição dos medicamentos deveria ser feita pelas Coordenações Estaduais e, “que são medicamentos de responsabilidade do nível federal para aids o AZT 100mg, AZT xarope, DDI 25 e 100mg, Ganciclovir, Pentamidina com inaladores, Aciclovir comprimidos, Anfotericina B e Fluconazol”. Após a edição de referida lei, foi editada a Portaria nº 874, de 03 de julho de 1997, que dispõe que “o Art. 2º da Lei nº 9.313/96 será objeto de regulamentação a ser acordada com os gestores do SUS ficando o Ministério da Saúde responsável tão somente pelos medicamentos específicos para o tratamento de HIV/aids” (art. 2º). Nota-se, que os acordos aos quais este dispositivo faz menção são os firmados no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite e Bipartite. Por fim, a Política Nacional de Medicamentos (PNM), aprovada pela Comissão Intergestores Tripartite e pelo Conselho Nacional de Saúde, e editada pela portaria GM/MS nº 3.916, em 30 de outubro de 1998, manteve o Ministério da Saúde como órgão responsável por adquirir os medicamentos indicados pela Coordenação do Programa.

³⁰ Informações obtidas em: Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do SUS* / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. - Brasília : CONASS, 2003.

acompanhamento de pessoas portadoras de HIV/AIDS, bem como uma lista de anti-retrovirais, e que deverá orientar a atividade dos médicos envolvidos no tratamento e a aquisição de medicamentos pelo Ministério da Saúde. Atualmente, com base no Consenso Terapêutico de 2004, 15 (quinze) anti-retrovirais são disponibilizados pela rede pública para o tratamento dos portadores de HIV/AIDS³¹.

Contudo, ressalta-se que a responsabilidade do Ministério da Saúde restringe-se aos medicamentos anti-retrovirais; a aquisição dos medicamentos para tratamento das infecções oportunistas, que se instalam quando há redução acentuada da imunidade em pacientes infectados pelo HIV ou com AIDS (constituem a principal causa de morbidade e de mortalidade entre estes indivíduos)³², com exceção da Talomida, compete aos Estados e/ou Municípios, conforme pactuação a ser determinada pela CIB correspondente.

Com isso, está explicada, em linhas gerais, como funciona a política pública de saúde desenvolvida pelo governo brasileiro para o tratamento de uma das mais graves epidemias do século³³. O sucesso deste programa foi reconhecido pelo último relatório mundial do Programa das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), que o apontou como modelo para outros países. Ressaltou, ainda,

³¹ São eles: Zidovudina (AZT), didanosina (ddI), estavudina (d4T), lamivudina (3TC), abacavir (ABC), tenofovir (TDF), efavirenz (EFV), nevirapina (NVP), indinavir (IDV), atazanavir (ATV), nelfinavir (NFV), ritonavir (RTV), saquinavir (SQV), amprenavir (APV), lopinavir (LPV). Dentre estes, 8 (oito) são produzidos no Brasil, fator que reduz drasticamente os gastos com o Programa. www.aids.gov.br.

³² Anexo 04 da Norma Técnica – Incentivo HIV/AIDS e outras DST – nº 01/2002 (Portaria MS nº 2.314, de 20 de dezembro de 2002): “Infelizmente, como ocorre com as DST, os medicamentos para o tratamento das infecções oportunistas não têm estado adequadamente disponíveis nos serviços de atenção à saúde de pessoas vivendo com HIV e Aids. Isso foi demonstrado em uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde em 2002, em que 34% dos serviços públicos referiu ausência destas medicações”.

³³ Entre 2001 e 2003, o número de soropositivos em todo o mundo cresceu de 35 milhões para 38 milhões. No Brasil, estima-se que há cerca 600 mil infectados pelo HIV. Desde 1983, quando foi notificado o primeiro óbito, 149,5 mil pessoas já morreram em decorrência da aids. No final da década de 80, surgiam no Brasil 30 mil novos casos por ano. Hoje, são registrados 22 mil em cerca de dois milhões de exames gratuitos realizados por ano. (Informação obtida na página do governo brasileiro: <http://www.brasil.gov.br/emquestao/eq230.htm>).

que das 400 mil pessoas com acesso aos medicamentos anti-retrovirais no mundo, pelo menos 150 mil vivem aqui.

4. ANÁLISE QUANTITATIVA

Conforme anotado introdutoriamente, este trabalho divide-se em três momentos: o primeiro, concernente à compreensão do problema/situação, no qual foram expostos alguns conceitos jurídicos e o funcionamento do Programa Nacional DST/AIDS. O segundo e o terceiro ocupam-se em analisar os dados obtidos por meio da análise das decisões selecionadas e demonstrar sua significância para o objeto da pesquisa, que é compreender como o STF decide nos casos em que se depara com o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS pela via judicial.

Optou-se por analisar os acórdãos sob um enfoque quantitativo e qualitativo. Contudo, ainda que as duas esferas sejam indissociáveis, serão percorridas em capítulos diferentes.

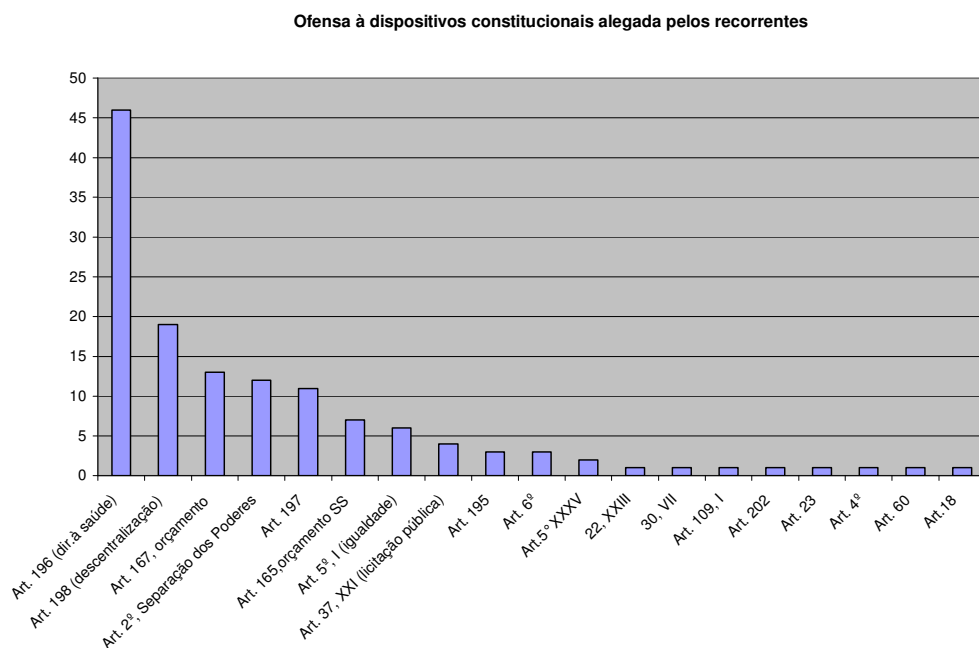
Para melhor compreender o objeto de estudo, cabe ressaltar uma vez mais, foram analisados 11 (onze) acórdãos e 37 (trinta e sete) decisões monocráticas, obtidas no *sítio*³⁴ do Supremo Tribunal Federal, entre os dias 20 de junho e 28 de agosto do ano de 2005. Dentre as ações examinadas, 33 (trinta e três) foram propostas sob a forma de Recurso Extraordinário, 8 (oito) sob a forma de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, 5 (cinco) como Agravo de Instrumento e 2 (duas) como outras formas processuais (por exemplo, Suspensão de Tutela Antecipada).

Além disso, do total dos 48 (quarenta e oito) recursos – interpostos com o fim de alterar acórdão de Tribunal de Justiça local que havia confirmado a condenação de algum ente federativo ao fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS -, todos foram improvidos ou não-conhecidos. Este número permite elaborar a primeira comparação com o trabalho realizado pelo PET/CAPES - que trata da mesma questão, mas no âmbito da justiça estadual de São Paulo.

³⁴ Supremo Tribunal Federal (2005) www.stf.gov.br

No mesmo sentido que o Supremo, o Judiciário Paulista apresenta uma clara tendência a conceder os medicamentos pleiteados pela via judicial, já que em 85% dos 144 acórdãos analisados decidiu desta forma.

Outrossim, observou-se que, salvo uma única exceção, em todos os demais recursos interpostos perante o Supremo alegou-se ofensa ao artigo 196 da Constituição Federal³⁵. O gráfico disposto abaixo apresenta quais os dispositivos constitucionais cuja ofensa foi mais alegada pelos recorrentes:



De acordo com as informações extraídas dos recursos analisados, em todas as ações originárias, o pedido postulado foi o fornecimento dos medicamentos para tratamento da AIDS. Contudo, com as informações obtidas nas decisões analisadas, não foi possível determinar se os medicamentos pleiteados estavam incluídos ou não na política pública³⁶.

³⁵ A ofensa a outros artigos foi bastante mencionada nas alegações dos recorrentes, principalmente em relação aos artigos que tratam da separação dos poderes, competências dos entes federativos e regime orçamentário. No que tange ao artigo 196, alegou-se, em grande parte, que é norma programática e que o fornecimento individualizado de medicamentos não corresponde ao tratamento universal e igualitário preconizado por este dispositivo.

³⁶ Os medicamentos incluídos na política pública são aqueles arrolados pelo documento do Consenso Terapêutico. Em realidade, pouquíssimas decisões apresentaram este dado, como o RE 264.269-0/RS, Rel. Min. Moreira Alves: "(...) Uma nova esperança surgiu com este coquetel

Ainda sobre as ações originárias, observou-se que 96% foram propostas por indivíduos e 4% foram propostas pelo Ministério Público, Estadual ou Federal, sob a forma de ação civil pública. Sobre este aspecto, foi observado que somente em 6% dos casos - o que corresponde a 3 (três) decisões -, algum ente de assistência judiciária (governamental) advogou por estes indivíduos³⁷. Esse dado foi ressaltado porque, um dos aspectos bastante criticados no fato de o Judiciário atuar na re-alocação de recursos, é que estes recursos estariam beneficiando uma minoria da população, já que “a falta de meios, de conhecimento e de acesso à justiça (pela pobreza, por exemplo) pode significar que alguns provocarão no Judiciário uma jurisprudência construída a partir de pontos de vista determinados e limitados a grupos sociais que tiverem acesso à máquina social³⁸”.

Ademais, tem-se que todas foram propostas contra algum ente da federação de modo que, na 2ª instância, foi observada a condenação do Estado em 48% dos

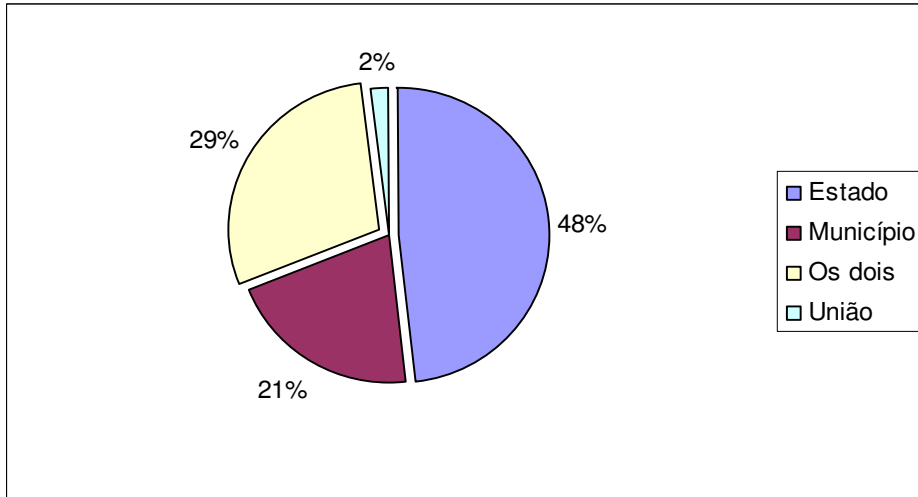
de novas drogas que podem protelar por longo prazo a vida dos pacientes até que a cura definitiva seja encontrada. No entanto, são drogas caras importadas, quase sempre fora do alcance do povo brasileiro, cada vez mais empobrecido e carente”.

Nota-se, ainda, que em contato com algumas organizações não-governamentais do Rio Grande do Sul, obtive informações no sentido de que a maior parte das ações eram propostas para pleitear alterações no fornecimento de medicamentos já incluídos na política pública (dosagem, periodicidade, etc.), mas que estas não costumavam subir aos órgãos jurisdicionais superiores (diferentemente das ações que pleiteavam medicamentos não inclusos no Consenso Terapêutico). Todavia, também obtive informações de que as ações eram propostas quase que exclusivamente para obter medicamentos importados, de custo elevado e que não estavam disponíveis na rede pública. Uma terceira fonte, que trabalhava em uma casa que abrigava portadores do vírus HIV, afirmou que nem sequer tinha conhecimento da falta de medicamentos da rede pública, pois nunca havia ouvido reclamações. De qualquer forma, vale ressaltar que, boa parte das ações analisadas foram propostas no período de 1997 e 2000, e as informações obtidas remetem aos dias atuais.

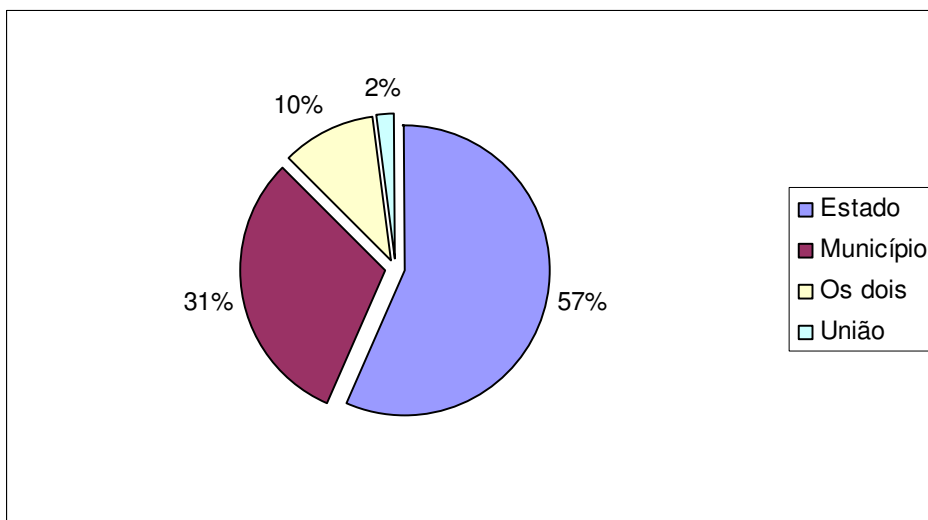
³⁷ Busquei identificar quem eram os advogados dos indivíduos - que figuram como recorridos nas decisões analisadas e que estavam pleiteando medicamentos via judiciário. Dado que alguns deles atuavam em mais de uma causa, realizei uma breve pesquisa no sítio de pesquisa www.google.com.br, com os respectivos nomes. Com isto, constatei que alguns dos advogados trabalham em Organizações Não-Governamentais, como a *Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero* (AI 232.469/RS, RE 281.080 / RS, RE 247.119 / RS, RE 246.262 / RS) e o *GAPA* (AI 286933 / RS, RE 273042 / RS). Este aspecto, se aprofundado, poderia ser de extrema relevância, porque muitas ONG's também fazem assistência judiciária gratuita; contudo, neste caso, este aspecto não foi comprovado.

³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima, “Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição”, in *Revista USP*, número 21, mar.-mai/1994.

casos, do Município em 21%, dos dois em 29% e da União em somente 2%, conforme demonstra o gráfico abaixo:



Apesar disto, observou-se que esta relação não se aplica à identificação dos entes federativos que postularam seu pleito recursal perante o Supremo Tribunal Federal. Neste aspecto, o Estado figurou como recorrente/agravante em 57% dos casos, seguido pelo Município, em 31%. A seguir, 10% dos recursos foram propostos por Estado e Município, porquanto em somente 2% dos casos foram propostos pela União, conforme representado a seguir:



Importante mencionar que a larga maioria dos recursos analisados provém do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de modo que somente 10,42% (equivalente a 5 acórdãos) são de outras unidades federativas (2 do Estado do Rio de Janeiro e 3 de São Paulo, sendo que 1 é proposto pela União e advém do TRF 3ª Região).

Outro aspecto pesquisado nas decisões refere-se à classificação do direito à saúde como coletivo ou individual. Observou-se que, das 48 (quarenta e oito) decisões, 54% não apresentavam quaisquer considerações acerca desta questão³⁹ e nenhuma considerou o acesso à saúde como um direito a ser realizado em termos coletivos. Em contrapartida, em 46% das decisões analisadas, os Ministros do Supremo consideraram que o direito à saúde é individual, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva (*in casum*) ou negativa⁴⁰.

Neste sentido, observou-se, além da terminologia “individual” propriamente dita, o largo uso da expressão “o direito público subjetivo à saúde”. A fim de compreender melhor este conceito, recorreu-se à doutrina e, para a elaboração deste estudo, foi empregada a seguinte definição:

“O interessante é notar que o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve. De fato, a partir do desenvolvimento deste conceito, passou-se a reconhecer situações jurídicas em que o Poder Público tem o dever de dar, fazer ou não fazer algo em benefício de um particular. Como todo direito cujo objeto é uma

³⁹ Neste ponto, cabe ressaltar que, para conferir maior segurança e rigor à pesquisa, me limitei às afirmações e aos argumentos dos Ministros, dissociadas do resultado da decisão.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional Positivo, 22ª ed., Ed. Malheiros, 2003.

prestação de outrem, ele supõe um comportamento ativo ou omissivo por parte do devedor.

(...)

Na realidade, a grande inovação desta figura, na época de seu surgimento na Alemanha no final do século XIX, foi o reconhecimento de um poder de exigência (pretensão) do particular em face dos Poderes Públicos, tendo como objeto a prestação devida⁴¹ (...)."

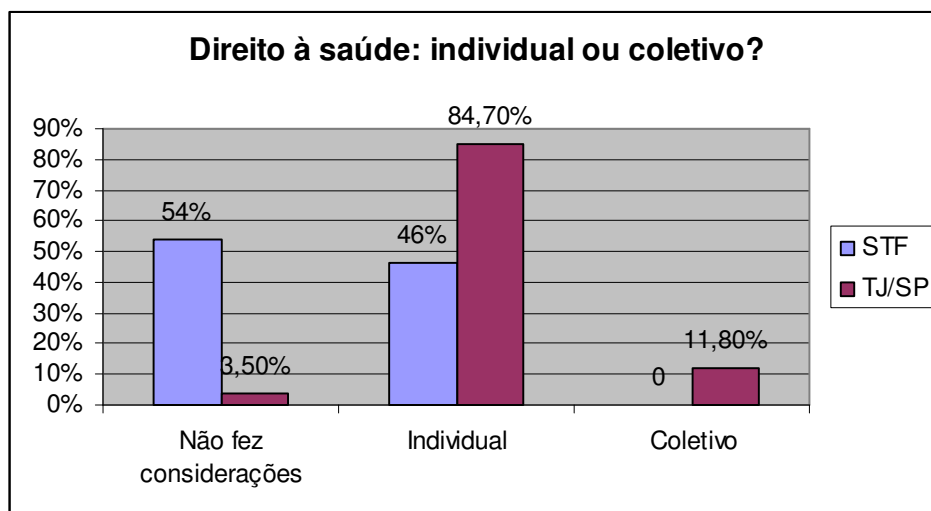
Retomando o objeto desta parte do estudo, esses dados permitem a segunda comparação com o estudo realizado pelo grupo PET/CAPES. De acordo com o mesmo, “do total de decisões, em 84,7% os juízes consideraram o direito à saúde como individual, 11,8% como coletivo e 3,5% não fizeram esta consideração, se atendo a questões meramente processuais”.

Ora, conclui-se, portanto, que há uma tendência comum entre estes dois órgãos judiciais em considerar o direito à saúde como um direito individual, ou seja, um direito cuja prestação correspondente é devida, em primeiro plano, a um particular. Esta posição adotada pelo Judiciário reflete que o conflito, apesar de envolver aspectos de caráter coletivo e social como aqueles que concernem às políticas públicas e alocação de recursos, é decidido em termos estritamente individuais. Ou seja, os efeitos da decisão não são considerados ou medidos em relação à coletividade, mas sim em relação ao indivíduo.

O gráfico a seguir expõe a postura do Supremo e do Tribunal Paulista frente aos direitos individuais/coletivos⁴²:

⁴¹ DUARTE, Clarice Seixas, “Direito público subjetivo e políticas educacionais”, in São Paulo Perspectivas, vol.18 nº 2 São Paulo Abr./Junho 2004.

⁴² A classificação proposta pelo PET/CAPES era: direito coletivo, direito individual e motivação processual. Para a elaboração deste gráfico as decisões fundadas em motivação processual foram equiparadas às decisões que não fizeram considerações, do STF.



A seguir, buscou-se identificar se os acórdãos analisados consideravam o direito à saúde como uma norma programática⁴³, que depende de ulterior regulamentação para adquirir eficácia (o que ocorre no momento da formulação de uma política pública ou da elaboração de lei específica), ou como norma de aplicabilidade imediata. Nota-se que a aceitação de que uma norma tão vaga e genérica como o direito à saúde, prescrito no artigo 196 da Constituição Federal, seja dotado de aplicabilidade imediata, implica reconhecer o Poder Público como devedor todas as vezes em que houver qualquer lesão, independente da intensidade, à saúde - individual ou coletiva, preventiva ou corretiva - e, também, todos os casos em que não se configure a plenitude da saúde.

Apesar da dificuldade decorrente de alguns acórdãos que misturavam os dois conceitos⁴⁴, o resultado obtido foi que 75% das decisões consideraram que o

⁴³ O Professor Celso Ribeiro Bastos entende que a norma programática faz parte da categoria 'norma jurídica' e, "outrossim, exerce uma influência recíproca, por exemplo, na medida que, mesmo sem condições de ser imediatamente aplicada, a norma programática já reúne requisitos, para por si só, funcionar como critério de interpretação de outras normas preceptivas". (BASTOS, Celso Ribeiro, "Curso de Direito Constitucional", 19ª ed., Ed. Saraiva, 1998.).

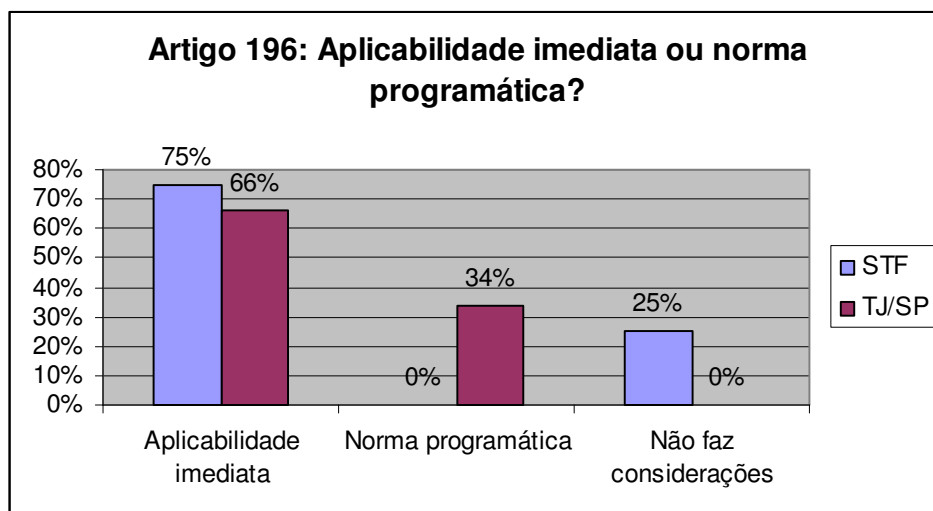
⁴⁴ "O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento

direito à saúde é dotado de aplicabilidade imediata, enquanto que em 25% não foram feitas quaisquer considerações acerca desta conceituação.

No trabalho “O Judiciário e as políticas públicas no país: o caso AIDS”, o resultado obtido foi que, nos casos que se decidiu pela não concessão, em 66,7% reconheceu-se que a efetivação do direito à saúde depende de posterior regulamentação, como no caso da implementação de políticas públicas. No caso das decisões que concederam os medicamentos pleiteados, este percentual caiu para 28,5% e, no caso de todas as decisões (concessão e não-concessão), tem-se que em 34,02%⁴⁵ foram feitas considerações neste sentido.

de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (...) Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição". (RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 02/08/2000). Neste caso, entendi que o direito à saúde foi tratado como uma norma de aplicabilidade imediata, pois apesar da discussão acerca da norma programática, o Ministro Celso de Mello conclui que a Constituição impõe ao Poder Público o dever de tornar efetivas todas as prestações de saúde, bem como as possibilidades de exigi-las perante os órgãos judiciários.

⁴⁵ Este número não foi apresentado no trabalho do PET/CAPES, mas foi possível calculá-lo para a elaboração do presente estudo.



Assim, observando o gráfico exposto acima, pode-se afirmar que ambos os órgãos tendem a considerar o direito à saúde como uma norma de aplicabilidade imediata, passível de ser aplicada sem qualquer regulamentação. Isto, diante da constatação de que o direito à saúde é tido como direito individual, implica afirmar que o dever do Estado é ilimitado e indefinido, e será definido conforme a demanda individual.

O estudo de PET/CAPES destaca ainda, na nota de rodapé número 48, que “nos casos em que o Estado já empreende uma política pública, como no analisado, verificamos que o judiciário ignora por completo o *modus operandi* da mesma, não procurando adequar a esse suas decisões, quando possível”. Cumpre destacar que a mesma conclusão foi obtida durante a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. Apesar de a política de distribuição de medicamentos ser extremamente complexa, em nenhuma das decisões os Ministros se preocuparam em examiná-la e não demonstraram conhecê-la.

Por fim, os últimos aspectos analisados foram a consideração dos impactos da decisão ao conceder o medicamento pleiteado e a consideração de critérios econômicos pelos Ministros da Suprema Corte. Ainda que o primeiro esteja

intimamente relacionado com o segundo, com vistas a estabelecer o comparativo com o estudo do grupo PET/CAPES, a separação foi mantida.

Quanto ao primeiro aspecto, foi observado que em nenhuma das decisões analisadas foram alegados eventuais prejuízos para a coletividade, decorrentes da alocação de recursos de forma esporádica. Já dentre as decisões do TJ Paulista, nos casos de não-concessão, 66,7% argüiram referidos prejuízos, contra 4% dos casos que concederam os medicamentos⁴⁶.

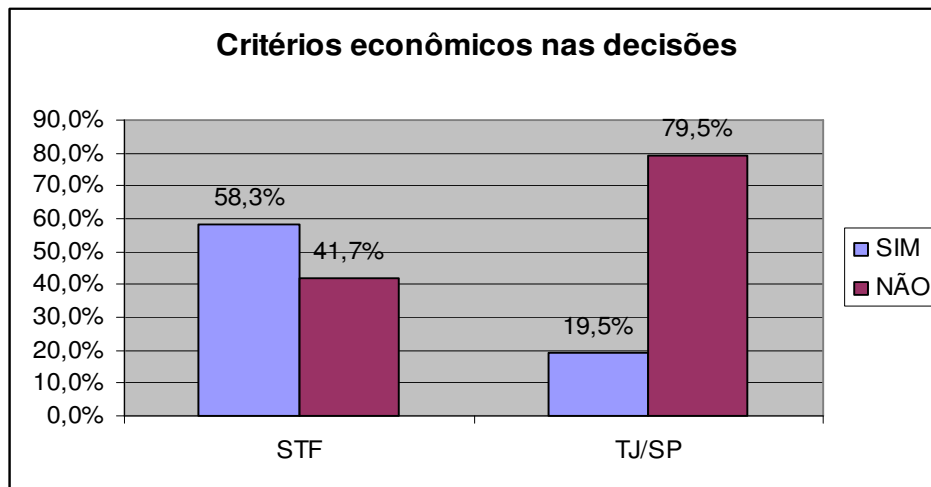
No que tange ao segundo aspecto levantado, cumpre destacar que este foi um dos pontos mais difíceis a serem solucionados no decorrer da pesquisa. Com base no estudo elaborado pelo grupo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defini que critério econômico compreenderia a análise da existência de recursos públicos em jogo e da necessidade de previsão orçamentária.

Porém, ao analisar os acórdãos, deparei-me com a seguinte questão: as decisões que consideram o interesse financeiro do Estado como algo secundário poderiam ser contabilizadas com aquelas que o consideram relevante? A primeira reação foi instituir três categorias para classificação das decisões: não-consideração dos critérios econômicos, NÃO (consideram de forma não-relevante), SIM (consideram como relevante). Contudo, com o decorrer do trabalho, evidenciou-se que a relevância conferida ao aspecto econômico pelos Ministros é, em realidade, a forma como este critério é empregado e o questionamento que propus é, simplesmente, se este critério é considerado ou não.

Nessa toada, o resultado obtido foi que, dentre as 48 (quarenta e oito) decisões analisadas, 58,3% consideraram algum critério econômico, contra 41,7% que

⁴⁶ Consideradas as decisões de concessão e de não-concessão, tem-se que em 13,8% dos casos foram argüidos eventuais prejuízos.

não abordaram o aspecto financeiro da concessão de medicamentos. No caso do Tribunal de Justiça Paulista, o resultado obtido foi na ordem de 76,2% das decisões de não concessão, e 8,9% das decisões pela concessão dos medicamentos. Somadas as decisões de concessão e não concessão tem-se que somente em 19,5% das decisões deste tribunal foram considerados critérios de ordem econômica.



Assim, o quadro acima revela que o Supremo Tribunal Federal está mais consciente, em relação ao Tribunal de Justiça Paulista, da existência de outros fatores, de caráter extra-processual, que incidem sobre a causa em discussão. Contudo, isto não demonstra que o Supremo esteja ciente da importância da questão orçamentária no âmbito das políticas públicas, já que esta é sempre abordada como questão secundária, de menor importância e, até mesmo, não jurídica⁴⁷, como será revelado na análise qualitativa.

⁴⁷ Para que fique mais claro o que foi considerado como critério econômico, seguem alguns trechos de decisões incluídas neste rol: "(...) incorre violação ao regime constitucional do orçamento nem dos precatórios. A antecipação de tutela não compromete a regular execução dos serviços públicos; apenas determina o cumprimento de obrigação constitucional e legal (...)".(STA 34/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 14/06/2005); "(...) Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede que fique assentada a responsabilidade do Município. Decreto visando-a não poderá reduzir, em si, o direito assegurado em lei. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos (...)". (RE 280.642/RS, Rel. Min.

Com isto, põe-se fim à análise quantitativa, cujas percepções serão confirmadas e enriquecidas a partir da análise qualitativa de algumas decisões, escolhidas conforme o método descrito na introdução.

Marco Aurélio, 13/10/2000); “(...) problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente (...)”. (RE 278.402/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 21/09/2000).

5. ANÁLISE QUALITATIVA

Conforme anotado introdutoriamente, neste quinto capítulo será elaborada a análise qualitativa das decisões. Para a escolha das decisões que seriam submetidas ao crivo desta análise, foi desenvolvida a seguinte metodologia: na leitura das decisões, foram identificadas as decisões às quais o Ministro Relator fazia menção, de modo que as citações foram organizadas na forma de uma tabela e, posteriormente, contabilizadas.

Isto, teoricamente, permitiria identificar quais as decisões que os Ministros consideram mais relevantes sobre o tema abordado, revelando um pouco mais sobre como o Supremo decide nos casos que tratam da concessão de medicamentos para AIDS. Contudo, observou-se que alguns Ministros, a exemplo dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, tendem a repetir e citar suas próprias decisões.

Não é por menos que o Agravo de Instrumento 238.328-0/RS, decidido pelo Ministro Marco Aurélio em sede de Decisão Monocrática, foi citado 10 vezes enquanto que este Ministro figurou como Relator⁴⁸ em 11 decisões e proferiu voto em um acórdão (totalizando 12 votos). Também não é por menos que, dentre os 12 votos proferidos, um é a do referido Agravo de Instrumento e dez

⁴⁸ Uma vez que todas as decisões são unânimes, na parte quantitativa foram analisados somente os votos dos Relatores (já que a unanimidade na votação significa que todos os demais Ministros acompanharam o Relator). Considerando este aspecto, foi observado que o Ministro Marco Aurélio atuou como Relator em 11 decisões, o que corresponde a 22,9% (ver gráfico 5.2) das decisões analisadas. Nota-se, contudo, que ele proferiu 12 votos, uma vez que se manifestou nos autos do AgRE 271.286/RS, cujo Relator é o Ministro Celso de Mello, e que é o único acórdão que contém manifestação de outro Ministro que não o Relator. De qualquer maneira, o voto do Min. Marco Aurélio também acompanha o Relator, no sentido do improvemento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul.

limitam-se a citá-lo ou transcrever seu conteúdo⁴⁹. O outro voto do Ministro Marco Aurélio, proferido como Relator, é no Agravo de Instrumento 232.469/RS, anterior ao AI 238.328-0/RS, mas ainda assim seu conteúdo é idêntico ao dos outros casos. Em outras palavras, conclui-se que o AI 238.328-0/RS é uma das decisões mais citadas porque - com exceção do AgRE 255.627/RS, acórdão cujo Relator foi o Ministro Nelson Jobim - o próprio Ministro que a proferiu utilizou-a como precedente em outras decisões.

Já no caso do Ministro Celso de Mello, que atuou como Relator em 8 das 48 decisões analisadas (equivalente a 16,7% - ver gráfico 5.2), observou-se que o mesmo utiliza determinado “modelo de voto” em todas as decisões que profere, de modo que o teor das 8 é, a partir de um certo momento, idêntico⁵⁰. Além disso, uma análise mais apurada revelou que em 7 das 8 decisões analisadas, o Ministro Celso de Mello citou o RE 232.335/RS (decisão monocrática) - em que atuou como Relator - entre outras decisões, como exemplo “da orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal” (RE 271.286/RS)⁵¹. Esse dado adquire relevância, face à constatação de que esta foi a primeira decisão sobre a concessão de medicamentos para AIDS proferida pelo referido Ministro e, ainda, de que o número de citações do RE 232.335/RS coincide com o número de vezes que o Ministro Celso de Mello utilizou-o como precedente (7 vezes para ambos os casos).

Ora, os dois fatos descritos acima revelam uma das imperfeições da metodologia adotada para escolha das decisões, decorrente da tendência de os Ministros citarem suas próprias decisões como precedentes da Corte, associada à disparidade de decisões em que cada Ministro atuou como Relator. O fato de nos acórdãos as decisões serem unânimes, diminui um pouco a relevância

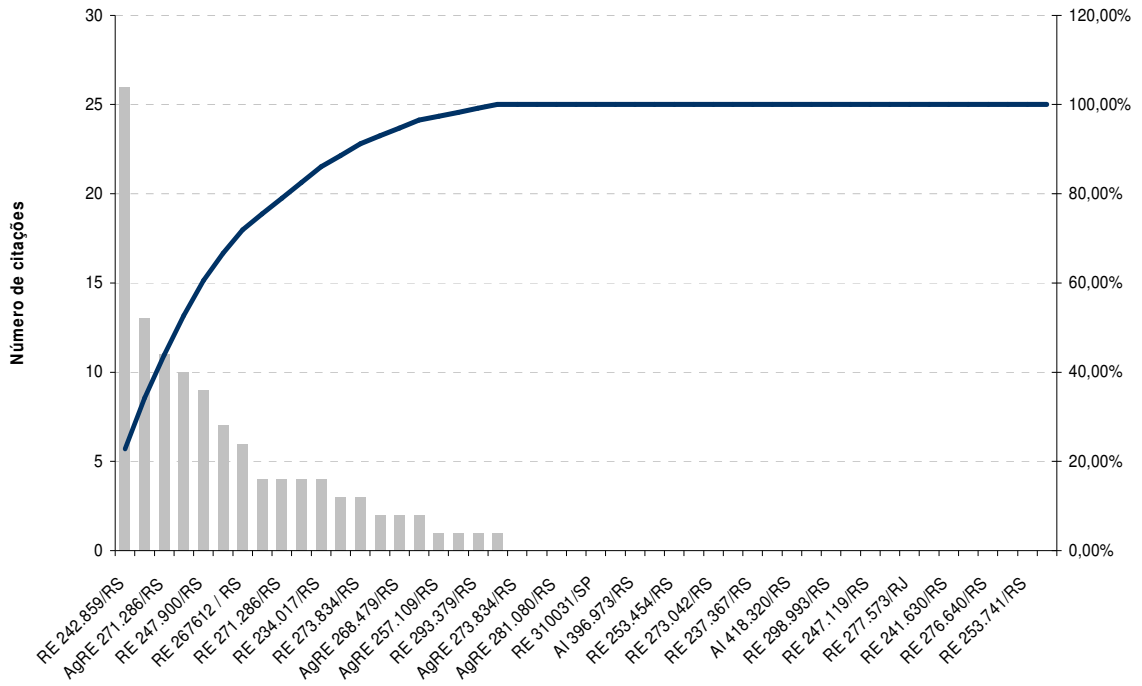
⁴⁹ O voto proferido nos autos do AgRE 271.286/RS foi incluído neste grupo porque, apesar de não citar o número da decisão, o Ministro Marco Aurélio revela, explicitamente, que reportar-se-á à decisão monocrática que proferiu e transcreve decisão de igual teor ao do AI 238.328-0/RS.

⁵⁰ Ver: Acórdãos AgRE 273.834/RS e AgRE 271.286/RS; Decisões Monocráticas AI 396.973/RS, RE 241.630/RS, RE 271.286/RS, RE 273.834/RS, RE 232.335/RS e RE 267612 / RS.

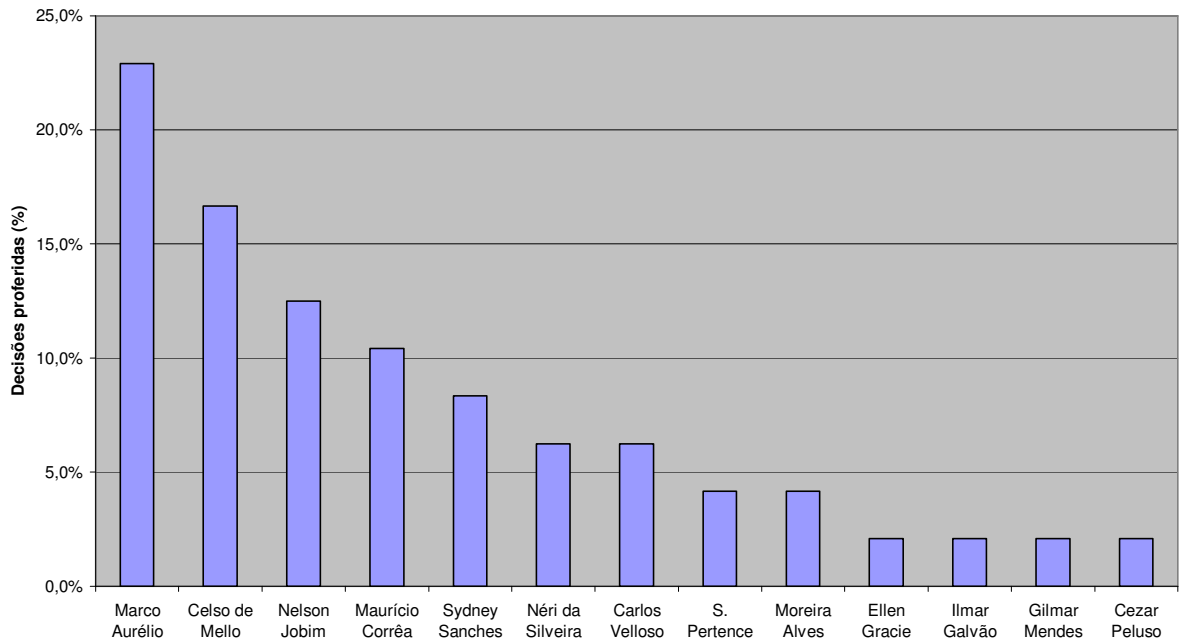
⁵¹ Para maiores esclarecimentos, a oitava decisão é o próprio RE 232.335/RS.

deste ponto ressaltado. De qualquer maneira, ao invés de proceder-se à análise das 5 decisões mais citadas, optou-se por ampliar este grupo às 21 decisões mais citadas, que correspondem a 100% das citações, conforme pode ser observado nos gráficos da página seguinte.

Referências por decisão



Decisões/Ministros em termos percentuais



Inicialmente, optou-se por dividir a análise qualitativa por Ministro; contudo, esta opção não se revelou a mais adequada, haja vista que não responderia à hipótese proposta para este trabalho (como decide o Supremo Tribunal Federal nos casos de concessão de medicamentos para o tratamento da AIDS). Diante disto, buscou-se identificar uma linha argumentativa mestra, comum às decisões, de modo a facilitar a compreensão do posicionamento adotado por essa Corte.

Com isso, serão analisados 5 decisões dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, 3 do Ministro Maurício Corrêa, 2 do Ministro Nelson Jobim e 1 dos Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Moreira Alves, Néri da Silveira e Sydney Sanches. Estas decisões serão organizadas em três grupos, conforme o argumento central utilizado: o primeiro, composto pelas decisões em que se considerou a norma prescrita no artigo 196 norma de aplicabilidade imediata, o segundo, composto pelas decisões em que se considerou que a legislação estadual limitou-se a regulamentar o artigo 196, e o terceiro, composto pelas decisões fundamentadas em decisões anteriores do Supremo (o que permite analisar como o STF utiliza seus precedentes, no caso em tela).

Os argumentos utilizados pelos Ministros para a concessão dos medicamentos de AIDS serão analisados tendo como norte a assertiva de Maria Paula Dallari:

Quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental; a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos. Isto é verdadeiro especialmente no campo dos direitos sociais, como saúde, educação e previdência, em que as prestações do Estado resultam da operação de um sistema extremamente complexo de

*estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política pública bem sucedida*⁵².

Uma vez que as decisões analisadas neste trabalho relacionam-se com uma política pública regulamentada pelos poderes Legislativo e Executivo, e implementada por este último, é evidente que a eficácia e efetividade da política pública em questão depende, também, da atuação do Judiciário. A análise qualitativa permite desvendar, em parte, de que forma a atuação do Supremo Tribunal Federal está articulada com a política pública de distribuição de medicamentos para o tratamento da AIDS.

5.1. Grupo 1: Da aplicabilidade imediata da norma

Durante a elaboração deste estudo, foi percebido que os Ministros Celso de Mello⁵³ e Marco Aurélio⁵⁴ decidiam de forma convergente. Diante disto, seguindo a metodologia descrita, foram escolhidos como objeto de análise o acórdão AgRE 271.286-8/RS, julgado em 12/09/2000, e as Decisões Monocráticas RE 232.335/RS, RE 267.612/RS, RE 271.286-8/RS⁵⁵ e RE 273.834/RS – cujo relator foi o Ministro Celso de Mello – e as Decisões Monocráticas AI 238.328/RS, RE 247.900/RS, AI 232.469/RS, RE 247.352/RS, RE 244.087/RS – cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio.

Uma vez que o ponto fundamental da argumentação apresentada por estes Ministros reside na consideração de que a norma prescrita no artigo 196 é

⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, Ed. Saraiva, 2002.

⁵³ O Ministro José Celso de Mello Filho foi nomeado para ocupar vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Luiz Rafael Mayer e tomou posse no cargo em 17 de agosto de 1989. Antes disto, foi membro do Ministério Público do Estado de São Paulo desde 1970 até a data de seu ingresso na Suprema Corte.

⁵⁴ Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, depois de uma longa carreira jurídica, na qual, entre outras atividades, atuou junto à Justiça do Trabalho como membro do Ministério Público e da Magistratura, ingressou no Supremo Tribunal Federal em meados de 1990, ocupando o lugar do Ministro Carlos Madeira, que à época aposentava-se.

⁵⁵ Julgadas, respectivamente, em 01/08/2000, 02/08/2000 e 23/08/2000.

dotada da aplicabilidade imediata, não será feita uma descrição minuciosa dos fatos.

No tocante às decisões do Ministro Celso de Mello, revela-se que dois recursos extraordinários foram propostos pelo Estado do Rio Grande do Sul, dois por este e pelo Município de Porto Alegre, e o agravo foi interposto pelo referido município. No caso das decisões proferidas pelo Ministro Marco Aurélio, duas foram em sede de agravo de instrumento e três de recurso extraordinário. Coincidentemente, o Município de Porto Alegre é agravante nos dois casos e o Estado do Rio Grande do Sul atua como recorrente nos outros três.

Em todos os casos, os recorrentes postulam a reforma de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local, consubstanciada em acórdão que reconheceu incumbir, a essas unidades federadas, com fundamento no art. 196 da Constituição da República, a obrigação de fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS nos casos que envolverem pacientes destituídos de recursos financeiros e que sejam portadores do vírus HIV. Neste sentido, alegam ofensa ao artigo 196 da Constituição Federal, por tratar-se de norma programática e que prescreve o direito universal e igualitário à saúde, e, em alguns casos, também alegam ofensa à separação dos poderes, ao orçamento público, ao princípio da legalidade⁵⁶ e à autonomia municipal⁵⁷.

⁵⁶ Sobre o princípio da legalidade, cabe ressaltar um ponto específico do RE 271.286/RS, Decisão Monocrática cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. De acordo com o relatado pelo Ministro, o pleito recursal sustenta que o acórdão do Tribunal de Justiça local teria desrespeitado o princípio da legalidade, ao condenar as unidades federativas ao fornecimento de medicamentos. Bem se sabe, que o princípio da legalidade, uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, reza que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, ou seja, sua vontade é aquela que decorre da lei. No entanto, o Ministro considera que não há um conflito direto com a Constituição porque, conforme reza a jurisprudência dessa Colenda Corte, “a boa ou má interpretação de norma constitucional não enseja o recurso extraordinário, sob color de ofensa ao princípio da legalidade (RTJ 144/962, Rel. Min. Carlos Velloso)”.

⁵⁷ AI 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio: “(...) a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do município (...)”.

No entanto, esta parte da análise qualitativa terá como base principal o AgRE 271.286-8/RS, do Ministro Celso de Mello, e o AI 238.328-0/RS, do Ministro Marco Aurélio já que, como anotado anteriormente, estes Ministros tenderam a votar da mesma forma em todos os casos reportados.

O Ministro Celso de Mello, tal como a maioria revelada pela análise quantitativa, classifica o direito à saúde como direito público subjetivo “que representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República” (AgRE 271.286-8/RS). Por outro lado, também ressalta o caráter programático da regra inscrita no artigo 196, pelo qual o Poder Público tem o dever de formular e implementar “políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”.

Ora, vislumbra-se aí uma potencial contradição, afinal, como pode o direito à saúde ser norma programática – que, como visto, é norma que não reúne todos os requisitos para sua aplicabilidade imediata - e ainda ensejar um direito público subjetivo à saúde? A contradição fica mais clara quando, posteriormente, o Ministro⁵⁸ considera que a norma programática não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente e, por isso, o Poder Público deve assegurar todos os meios para tornar efetivas as prestações de saúde, inclusive o acesso das pessoas “à um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição”. Ou seja, apesar deste jogo retórico, conclui-se que este Ministro considera que o artigo 196 prescreve norma de aplicabilidade imediata, já que obriga o Poder Público a

⁵⁸ Nos RE 232.335/RS e RE 267.612RS o Ministro Celso de Mello, antes de iniciar a discorrer sobre o aspecto material, ressalta que o acolhimento da pretensão recursal do Rio Grande do Sul produziria resultados trágicos, “considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta o ora recorrido (que é portador da síndrome de imunodeficiência adquirida)”. Ora, esta afirmação mais parece um ato de assistencialismo e benevolência do Judiciário, do que uma decisão que visa a potencialização e eficácia da política pública empreendida pelos Poderes Executivo e Legislativo.

tornar efetivas todas as prestações que sejam necessárias à plena promoção da saúde.

No mesmo sentido, mas de maneira expressa, o Ministro Marco Aurélio considera que o acórdão agravado (AI 238.328/RS) está em harmonia com a Constituição Federal. Ressalta que a responsabilidade do Município surge por força do artigo 196, dispositivo dotado de eficácia imediata e, ainda, que a referência ao preceito “Estado” é abrangente e acolhe todos os entes de federação brasileira. Neste sentido, assevera que, inclusive, o artigo 195 da Constituição determina que a seguridade social será financiada com recursos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A despeito da forma como os Ministros elaboraram seus argumentos, cumpre verificar o que implica considerar o artigo 196 da Carta Magna como direito subjetivo e norma de aplicabilidade imediata.

Reconhecer o direito à saúde como um direito subjetivo significa afirmar que os indivíduos são dotados de um poder de exigência face ao Poder Público, tendo como objeto uma prestação devida. Contudo, uma vez que se considera a aplicabilidade imediata da norma, este direito não corresponde somente ao dever do Poder Público formular e implementar políticas públicas.

A bem da verdade, a conjugação destes dois conceitos implica a consolidação do binômio direito-dever no qual tem-se como direito individual a possibilidade de exigir do Estado que o direito à saúde seja integralmente respeitado e plenamente garantido. Do outro lado, tem-se como dever do Poder Público implementar e tornar efetivas todas as prestações que sejam necessárias à promoção plena da saúde. Nota-se, todavia, que não há limite ao que pode ser considerado como prestação abarcada pelo direito subjetivo à saúde e, logo, pelo dever do Estado.

Por óbvio, o dever do Poder Público de formular e implementar políticas públicas está inserido no artigo 196. Contudo, no caso da AIDS, apesar da existência de um programa de distribuição de medicamentos eficaz, o Estado é considerado inadimplente porque, sob a ótica empregada pelos Ministros, seu dever vai além e consiste em assegurar a satisfação plena da saúde. Ou seja, seus deveres são ilimitados – e definidos caso a caso, já que é impossível delimitar quais são todas as prestações relacionadas à satisfação plena da saúde -, o que conflita frontalmente com a limitação orçamentária e gerencial do Estado. A lógica adotada pelos Ministros leva à conclusão de que o Poder Público será sempre inadimplente.

Neste sentido, observa-se que a alegação de que o direito à saúde é norma programática, não está relacionada somente à eficácia da norma. A bem da verdade, a programaticidade da norma produz efeitos em outros campos: permite que o Estado organize sua atuação de forma sustentável, ou seja, observe a disponibilidade de recurso e a prioridade das prestações exigidas pela sociedade.

Portanto, quando o recorrente postula perante o Supremo o reconhecimento do caráter programático da norma inscrita no artigo 196, da Constituição da República, não pretende negar a existência do direito à saúde. O que se pretende, é um mínimo de equilíbrio entre o que deve fazer o Estado e o que pode fazer o Estado. No entanto, a possibilidade de efetivação e a sustentabilidade das decisões judiciais não foram consideradas pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio.

Ambos entendem que a atuação estatal deve visar à garantia do acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar, bem como aos outros meios que assegurem à proteção à saúde. Ora, sob a ótica de que as decisões judiciais devem ser universalizáveis, a decisão de conceder medicamentos para aqueles que têm meios para pleiteá-los perante o Judiciário

parece controversa. Afinal, uma decisão deste porte só será universalizável se o Estado detiver os meios para tanto, sem que tenha que desviar recursos de outras áreas da saúde (sob o risco de infringir o princípio da igualdade e gerar um conflito semelhante a este). Caso contrário, estar-se-á semeando uma lógica de decisão que, ao extremo, pode levar à bancarrota do Estado.

O aspecto financeiro, contudo, ainda que trazido à baila, é deixado em segundo plano. Assim, o Ministro Celso de Mello assevera que “(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (...)” (AgRE 271.286-8/RS).

Em igual sentido, o Ministro Marco Aurélio afirma que a “(...) falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do município. (...) Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem (...)”. (AI 238.328/RS).

Comprova-se, portanto, que a existência de limitação e escassez dos recursos orçamentários não é fator determinante nas decisões dos aludidos Ministros. A forma como o equilíbrio das finanças públicas é colocado em segundo plano revela uma concepção sistêmica na qual a dignidade humana e o orçamento público são princípios essencialmente antagônicos e contraditórios. Com isto, é

ignorada a relação entre estes, vez que a realização dos direitos sociais⁵⁹ requer que o Governo atue positivamente, no sentido de empregar recursos e formular políticas públicas⁶⁰.

Outrossim, cabe ressaltar que, pelo sentido de aplicabilidade imediata da norma, os Ministros consideraram que o preceito ‘Estado’ contido no artigo 196 “mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios” (AI 238.328/RS). Isto permitiu fundamentar a condenação de qualquer um dos entes da federação ao fornecimento de medicamentos para a AIDS, a despeito da operacionalização e da repartição de atribuições instituída pelo Executivo para a implementação da política de distribuição de medicamentos para o tratamento da AIDS (ver capítulo 3).

Por fim, pode-se afirmar que a consideração de que o direito à saúde é norma de aplicabilidade imediata não é compatível com a formulação e implementação de políticas públicas pelos poderes Executivo e Legislativo porque, sob a bandeira de respeito à Constituição, os respectivos atos podem ser alterados e destituídos de eficácia normativa pelo Judiciário que, como visto, não decide por uma lógica compatível com a racionalidade da política de distribuição de medicamentos da AIDS.

⁵⁹ Em geral, a doutrina tem feito uma distinção entre os direitos sociais e civis, no sentido de que os primeiros são direitos positivos e os segundos são dotados de negatividade. Esta classificação dá-se em função de qual o dever imposto ao Estado: promoção ou proteção do direito. Contudo, este critério de distinção não é unânime. Neste sentido, o Professor da Georgetown University Mark Tushnet: “(...) I believe criticisms of the idea that social rights are analytically the same as civil rights are wrong. Civil rights implicate positive governmental action no less than social rights do (...)” (TUSHNET, Mark, “Civil rights and social rights: The future of the reconstruction amendments”, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 25: 1207).

⁶⁰ Ainda no sentido de que dignidade humana e orçamento público não são princípios antagônicos, Ricardo Lobo Torres afirma que “no plano do orçamento público inclui-se a quantificação dos valores éticos na conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social e o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados” (TORRES, Ricardo Lobo, “Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Volume V”, 2ª ed., Ed. Renovar, 2000).

5.2. Grupo 2: Da Regulamentação do Artigo 196

Este grupo é representado pelo RE 242.859-3/RS, julgado em 26/09/1999, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão⁶¹. É curioso notar que, dentre as decisões analisadas, esta foi a única decisão em que o referido Ministro atuou como relator. A despeito disto, esta foi a decisão mais citada, tendo sido contabilizadas 26 referências à mesma. Trata-se de uma decisão bastante simples, e, além da análise da decisão propriamente dita, é interessante analisar como foram feitas estas citações, o que revela um pouco da forma como os Ministros constroem seus argumentos.

O Recurso Extraordinário 242.859-3 foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que determinou sua obrigação de fornecer à “portadora do vírus HIV os medicamentos indispensáveis ao seu tratamento, os quais não tem condições de adquirir pelos próprios meios”. Neste sentido, sustenta que a referida decisão afronta os artigos 5º, I, 196 e 197, todos da Constituição Federal, posto que são normas programáticas.

O principal argumento do Ministro Ilmar Galvão é que não há qualquer ofensa aos dispositivos constitucionais alegados, porque o acórdão recorrido fundamenta-se em lei estadual (Lei nº 9.908/93⁶²) por meio da qual “o próprio

⁶¹ O Ministro Ilmar Nascimento Galvão exerceu a função de Juiz Federal nas Seções Judiciárias do Acre e do Distrito Federal, foi membro do antigo Tribunal Federal de Recursos e, em 12 de junho de 1991, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, para a vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Aldir Guimarães Passarinho, tomando posse em 26 de junho de 1991. Em 02 de maio de 2003, o Ministro atingiu a idade máxima para sua permanência no Tribunal e, em 3 de maio do mesmo ano, foi aposentado por decreto.

⁶² “**Lei 9.908/93: Art. 1º.** O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. **Parágrafo Único.** Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente”.

Além disso, cabe observar que, em 1993, foi criado o Programa de Medicamentos Excepcionais, em âmbito nacional, pelo que se instituiu que a União repassaria aos Estados os recursos necessários para adquirir os medicamentos definidos como excepcionais pelas portarias técnicas do Ministério da Saúde. Com a criação do programa de distribuição de medicamentos para tratamento da AIDS, estes medicamentos foram excluídos do Programa de Medicamentos Excepcionais. Tanto é assim que os medicamentos para AIDS são denominados estratégicos, já

Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição a pessoas carentes”. (Grifei).

Contudo, o que o recorrente alega é que, por tratar-se de medicamentos para o tratamento da AIDS, os dispositivos legais a serem aplicados seriam as leis federais nº 8.080/90 (SUS) e 9.313/96 (acesso aos medicamentos da AIDS). Em outras palavras, sustenta-se que, ainda que a legislação estadual invocada regule o preceito constitucional (artigo 196), tem-se a regulação de uma situação diversa da situação em tela, já que há um programa específico e próprio para os medicamentos para AIDS⁶³.

Retomando o âmbito de discussão no Supremo, observa-se que nesta decisão o Ministro não tece considerações acerca da aplicabilidade imediata da norma ou da responsabilidade dos entes federativos. Esta não parece ser, para ele, a principal discussão, já que a edição da Lei Estadual nº 9.908/93 veio complementar o ordenamento jurídico a respeito do direito à saúde instituindo a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul.

Ainda que considere o direito à saúde como um direito subjetivo que decorre do “maior dos direitos fundamentais” - que é o direito à vida – o Ministro entende

que há uma política específica, e os medicamentos para tratamento de doenças crônicas e raras são denominados excepcionais. Diferentemente do que ocorre com os medicamentos excepcionais, os medicamentos para AIDS são adquiridos pelo Ministério da Saúde e repassados aos Estados e Municípios.

No caso do Estado do Rio Grande do Sul, o Decreto 35.056/94, ao regulamentar a Lei 9.908/93, incluiu o AZT (Zidovudina), no rol de medicamentos excepcionais e determinou seu financiamento com recursos oriundos do Fundo de Desenvolvimento Social do Estado do Rio Grande do Sul composto, dentre outras formas, por “recursos provenientes de acordos bilaterais entre governos”. Contudo, uma vez que foi criada política específica para os medicamentos da AIDS, considerados ‘medicamentos estratégicos’, questiona-se a possibilidade de serem pleiteados perante o Judiciário como medicamentos excepcionais. Porém, uma vez que este não é o foco de discussão deste estudo, não foram procuradas maiores informações sobre esta questão.

⁶³ A lei nº 9.908/93, como já foi visto, trata da obrigação do Estado do Rio Grande do Sul em fornecer, gratuitamente, os medicamentos especiais e excepcionais às pessoas carentes. Como já foi visto, os medicamentos para AIDS são classificados como medicamentos estratégicos. Vide nota 15.

que o acórdão recorrido “teve por fundamento central” dispositivo da aludida legislação estadual, pela qual foi regulamentado o artigo 196 da Constituição da República. Diante disto, resta insubsistente a alegação de ofensa ao dispositivo constitucional.

De outro lado, como exposto inicialmente, foram contabilizadas 26 citações à referida decisão, dentre as quais 9 foram feitas em decisões a recursos interpostos pelo município e 4 em casos de recursos interpostos pelo estado e município. Ou seja, se tomarmos por base o número de vezes em que o RE 242.859-3/RS foi utilizado como precedente para fundamentar a condenação do Município, tem-se que em 34,6% dos casos o uso do precedente foi indevido. Afinal, o Ministro Ilmar Galvão simplesmente determinou que a legislação estadual regulamentou o artigo 196 vinculando o Estado (entendido aqui *strictu sensu*, como ente da federação) a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, restando insubsistentes quaisquer alegações de ofensa à Constituição. Uma vez que a referida lei foi elaborada pelo Estado do Rio Grande do Sul, tem-se que este é o único obrigado e, portanto, os argumentos não se estendem à condenação do município ou de outro Estado do plano federativo⁶⁴.

Isto aponta para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, por vezes, ao escolher mal o precedente a ser aplicado, cria uma jurisprudência controvertida, já que esta passa a ser utilizada em casos em que não seria aplicável.

⁶⁴ É interessante notar que o acórdão recorrido optou por excluir o Município no pólo passivo da demanda porque, ainda que na Constituição Federal e Estadual a saúde seja dever do ‘Estado’, *latus sensu*, a legislação estadual foi editada “para espancar qualquer dúvida” acerca desta responsabilidade. Assim, nos termos transcritos pelo Ministro Ilmar Galvão: “Para espancar qualquer dúvida e complementando o ordenamento jurídico a respeito, é que acabou editada a Lei Estadual nº 9.908, de 16.6.1993, cujo art. 1º está assim redigido: Art. 1º - O Estado deve fornecer de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família”.

Por fim, inobstante as dúvidas que surgiram no decorrer do trabalho acerca do objeto e da validade da legislação estadual, no sentido de desvendar se a Política de Medicamentos Excepcionais e o Programa Nacional de DST/AIDS se sobrepuseram ao referido diploma, o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Ilmar Galvão se mostrou bastante simples e pontual. Como visto, não incorre em uma ofensa à separação dos poderes e não impõe ao Poder Público uma obrigação ilimitada, já que não considera a aplicabilidade imediata do artigo 196. Seu conteúdo, contudo, foi deturpado pelas decisões que utilizaram indevidamente o RE 242.859-3/RS como precedente.

5.3. Grupo 3: Da Utilização de Decisões Anteriores

Optou-se por reunir, como um só objeto de análise, as decisões restantes porque todas fundamentaram sua decisão em decisões anteriores. Com isso, buscou-se compreender melhor a forma como os Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizam e aplicam os precedentes deste Egrégio Tribunal⁶⁵. Neste sentido, a análise será organizada por Ministro e limitar-se-á a verificar como estas decisões foram empregadas, uma vez que as principais linhas argumentativas já foram delineadas.

Ministro Maurício Corrêa⁶⁶

⁶⁵ Cabe ressaltar que, em dois pontos do presente trabalho, já foi analisado, ainda que não de forma específica, o uso de precedentes. O primeiro foi no início do Capítulo 5 quando, ao descrever a metodologia de escolha das decisões, observou-se que alguns Ministros utilizavam suas próprias decisões como precedentes, criando uma jurisprudência em nome do Tribunal. O segundo foi na discussão do RE 242.859-3, no subcapítulo 5.2, quando foi identificado o uso indevido desta decisão como precedente para fundamentar a condenação do Município.

⁶⁶ Maurício José Corrêa já atuou como advogado, Senador e Ministro da Justiça. Nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, em 27 de outubro de 1994, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, tomou posse em 15 de dezembro de 1994. Integrou o Tribunal Superior Eleitoral e foi eleito por seus pares, em Sessão Plenária de 9 de abril de 2003, Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Aqui serão analisadas a Decisão Monocrática RE 248.300/RS e os Acórdãos AgRE 259.508/RS e AgRE 257.109/RS, os quais foram citados, respectivamente, 4, 2 e 1 vez.

Primeiramente, serão analisados os dois agravos, posto que estão no mesmo sentido do que foi ressaltado no subcapítulo 5.2, no tocante à utilização do RE 242.859-3 como precedente.

Tanto o AgRE 259.508/RS quanto o AgRE 257.109/RS foram interpostos pelo Município de Porto Alegre, a fim de reformar acórdão que reconheceu a obrigação do Poder Público de fornecer gratuitamente os medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV. Em ambos os casos, o Ministro havia negado seguimento aos respectivos recursos extraordinários sob o fundamento de que os pleitos contrariavam a jurisprudência dominante do Tribunal, representada, *in casu*, pelo RE 242.859-3, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Nota-se que, ainda que o Estado também figurasse como recorrente, a aplicação do referido precedente não poderia estender-se à condenação do Município, já que o fundamento central do RE 242.859-3 é a legislação estadual.

Diante disto, o que se observou é que no AgRE 257.109-1 foi mantida a decisão de não-conhecimento do recurso com base no referido precedente. Já no caso do AgRE 259.508-0, o Ministro Maurício Corrêa⁶⁷ recorreu à utilização de um

⁶⁷ Nos dois casos, os agravantes que a 'inobservância da repartição de competência para a operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos, afronta o princípio da separação dos poderes (CF, artigo 2º)'. No AgRE 259.508-0/RS o Ministro considera insubsistente o argumento de que a "operacionalização dos serviços de saúde atendeu aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração" e, por isso, não reconhece a ofensa à separação dos poderes. Já na outra decisão - AgRE 257.109-0/RS -, o Ministro considera que o acordo firmado para operacionalização dos serviços de saúde, não guarda qualquer relação com a separação dos poderes, pois que se trata, simplesmente, de "divisão de funções".

Observa-se que, nos dois casos, o Ministro não fundamenta sua consideração de que não há ofensa ao princípio da tripartição dos poderes, porque os conceitos utilizados permanecem sem definição. Diante dos argumentos apresentados, questiona-se, por que a operacionalização dos

novo precedente, o AgRE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello. Como já discutido anteriormente, esta decisão considera que o artigo 196 prescreve norma de aplicabilidade imediata e, “portanto, 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 em grave comportamento inconstitucional”. Neste sentido, a decisão do Ministro Celso de Mello parece ser mais aplicável ao caso em tela, do que a do Ministro Ilmar Galvão.

No caso da decisão monocrática, o recurso extraordinário foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo de alterar acórdão que entendeu ser “dever do Estado fornecer medicamentos e arcar com as despesas necessárias ao tratamento de paciente portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), que não possa realizá-las sem prejuízo de sua subsistência e de sua família”. Diante disto, o Ministro Maurício Corrêa invocou o RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão - que, neste caso, por considerar a legislação estadual, é aplicável – para negar seguimento ao recurso conforme os poderes concedidos ao relator pelo artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do STF⁶⁸.

Por fim, em todos os casos, foi observado que o Ministro não explicou porque o precedente havia sido utilizado, e o quê justificou sua aplicação.

Ministro Nelson Jobim⁶⁹

serviços de saúde foi além dos limites da discricionariedade facultada ao Executivo? O que o Ministro entende por “divisão de funções” e como este conceito difere da separação de poderes?

⁶⁸ Art. 21. São atribuições do Relator: §1º. Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou se for evidente a sua incompetência.

⁶⁹ Após exercer atividades ligadas à advocacia, política e magistério, o Nelson Azevedo Jobim foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, por decreto de 7 de abril de 1997, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Francisco Rezek, havendo tomado posse em 15 de abril de 1997. Integrou o Tribunal Superior Eleitoral como Juiz Substituto (1º de julho de 1997 a 8 de fevereiro de 1999), passando a Efetivo em 9 de fevereiro de 1999. Em 6 de março de 2001 tomou posse no cargo de Vice-Presidente e, em 11 de junho seguinte, no de Presidente do

Sobre a concessão de medicamentos para o tratamento da AIDS, serão analisadas duas decisões proferidas por este Ministro: a Decisão Monocrática RE 234.017/RS e o Acórdão AgRE 255.627/RS, que foram citados, respectivamente, 4 e 2 vezes.

O Recurso Extraordinário nº 234.017, originário do Rio Grande do Sul, foi interposto por este Estado com a finalidade de reformar decisão do Tribunal de Justiça local que o condenou ao “fornecimento de medicamentos excepcionais, como os necessários ao tratamento da AIDS”. Alega, em síntese, que referida decisão afronta os artigos 196, 198 e 202 da Constituição da República.

Ao decidir, o Ministro Nelson Jobim acolhe a manifestação do Ministério Público Federal, que transcreve voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no AI 232.469 no sentido de que o direito à saúde é dotado de aplicabilidade imediata. Ademais, cita o RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, para demonstrar a orientação fixada pela Primeira Turma do Supremo. A despeito de as duas decisões que compõem o voto terem racionalidades distintas, nota-se que, em ambos os casos, só há a transcrição do voto (AI 232.469) e da ementa (RE 242.859), sem considerações acerca da aplicabilidade das referidas decisões como precedentes.

Dando seguimento, tem-se o Agravo Regimental 255.627-1/RS, no qual o Agravante é a municipalidade de Porto Alegre, a qual sustenta que a decisão utilizada como precedente para negar conhecimento ao recurso extraordinário (no caso o RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão) é inaplicável pois refere-se ao Estado do Rio Grande do Sul e que a decisão judicial deve observar a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde, sob

Tribunal, escolhido por seus pares. Assumiu a Presidência do Tribunal em sessão solene realizada em 3 de junho de 2004

risco de incorrer em grave afronta ao artigo 198 da Constituição Federal e ao princípio da separação dos poderes.

Dado o objetivo da presente análise cabe destacar a primeira alegação do Município, no sentido de que o precedente utilizado para negar seguimento ao respectivo recurso extraordinário não era aplicável, porque tem fundamento em lei estadual.

Assim, no voto proferido em sede de agravo, o Ministro Nelson Jobim buscou outro precedente para explicitar a orientação do Supremo Tribunal Federal. Optou, neste caso, por transcrever o voto do Ministro Marco Aurélio no RE 280.642/RS que, de fato, é mais coerente com o caso em tela, já que considera o artigo 196 “preceito de eficácia imediata” e que “a referência, contida no preceito, a ‘Estado’, mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios”.

Uma vez mais, as decisões anteriores foram utilizadas sem qualquer motivação. Diante do fato de que a jurisprudência do Supremo é formada por decisões com argumentação diversa, faz-se mister que a escolha de qual decisão “explicita” a orientação do Tribunal seja fundamentada.

Ministro Moreira Alves⁷⁰

Das duas decisões em que atuou como relator, uma figura entre as mais citadas: trata-se do RE 264.269-0/RS, acórdão que corresponde a 11,40% das citações. O aludido recurso extraordinário foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça local, que manteve sua

⁷⁰ José Carlos Moreira Alves exerceu a advocacia a partir de 1956 e, em 1972, foi nomeado Procurador Geral da República. Decorridos três anos, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, por decreto de 18 de junho de 1975, do Presidente Ernesto Geisel, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello. Tomou posse no cargo em 20 do mesmo mês. Em 19 de abril de 2003, atingiu a idade limite para permanência na atividade, sendo aposentado por decreto de 22 de abril do mesmo ano.

condenação ao fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS à uma determinada paciente.

Para acessar a via recursal extraordinária, o Estado argumenta “que a infringência ao artigo 196 da CF reside no v. acórdão que, a pretexto de garantir a saúde como direito do cidadão e dever do Estado, concedeu à autora, ora recorrida, privilégio incompatível com o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde pública”.

Contudo, o Ministro Moreira Alves negou seguimento ao recurso por considerar que, em caso análogo a este, a Primeira Turma julgou de forma diferente. Mais uma vez, a divergência do pleito recursal foi considerada em relação ao RE 242.859-3/RS, enunciado como orientação da Turma.

Cabe observar que o Ministro utiliza o termo “em caso análogo ao presente” para introduzir a orientação da Primeira Turma; porém, não explica o que ele entende por ‘análogo’ ou em que consiste esta analogia. Ora, a simples transcrição da ementa do RE 242.859-3/RS, sem maiores explicações, não soluciona estas obscuridades e não atende ao princípio da motivação das decisões judiciais.

Ministro Sydney Sanches⁷¹

Das quatro decisões em que atuou como relator, uma figura entre as decisões mais citadas. Trata-se do Agravo em Recurso Extraordinário nº 268.479-1/RS, que foi objeto de citação 2 vezes.

⁷¹ Sydney Sanches ingressou na Magistratura Paulista em 1962 e, em 1980, ascendeu, por merecimento, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que integrou até 1984. Neste ano, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, em 13 de agosto, para a vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Alfredo Buzaid. Após quase 20 anos no exercício do cargo, o Ministro Sydney Sanches atingiu a data limite para permanência e, aos 25 de abril de 2003, foi aposentado por decreto publicado no DOU.

O referido agravo foi interposto pelo Município de Porto Alegre, contra decisão da Primeira Turma que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto com o fim de modificar decisão condenatória proferida pelo Tribunal de Justiça local. O pleito recursal não foi conhecido com fundamento nos poderes concedidos ao Relator pelo artigo 557 do Código de Processo Civil e pelo artigo 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo. Como entendimento jurisprudencial predominante, foi citado⁷² o RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, que, como outrora mencionado, não seria aplicável para fundamentar a condenação do Município.

Na decisão proferida em sede de agravo, o Ministro Sydney Sanches reiterou que o não-conhecimento do recurso teve apoio em precedente, ignorando o fato de que a jurisprudência escolhida não era adequada. Destacou, ainda, que o agravante não havia impugnado seus fundamentos para obter o conhecimento do recurso extraordinário.

No mais, destacou trecho do AgRE 257.109-1/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, no qual o referido Ministro salienta que a “reserva de atribuições para operacionalização de recursos financeiros (..) não guardaria qualquer correlação com o princípio federativo da separação dos poderes”, o que não viabilizaria o conhecimento do recurso extraordinário.

Diante desta colocação, critica-se, uma vez mais, a falta de fundamentação no uso de precedentes pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Nota-se que, uma vez que o precedente utilizado para comprovar a obrigação do Município em fornecer os medicamentos pleiteados não era adequado (posto que fundado em legislação estadual), fica sem motivação a decisão de manter a condenação deste ente federativo. Neste sentido, a discussão acerca do princípio da

⁷² Além do RE 242.859, foi citado como precedente no mesmo sentido o RE 248.326-5, Rel. Min. Moreira Alves. Esta decisão foi citada outras 5 vezes, mas não foi possível encontrá-la no *sítio* do Supremo Tribunal Federal e não consegui obtê-la por outras formas.

separação dos poderes mostra-se como um passo seguinte à comprovação do dever do Município.

Ministro Sepúlveda Pertence⁷³

O Ministro Sepúlveda Pertence atuou como relator em dois casos que tratam da concessão de medicamentos para tratamento da AIDS. No presente estudo, somente um será abordado, o RE 293.379/RS, decisão monocrática julgada em 19/06/2002.

O referido recurso foi interposto pelo Município de Porto Alegre, contra decisão, confirmada em sede de reexame necessário, que condenou a municipalidade ao fornecimento de medicamento para portadora de vírus HIV.

Inconformado, o recorrente argumentou, em síntese, que "(...) os artigos da Constituição Federal, pertinentes à matéria, são disposições genéricas e programáticas que não tem o condão de transferir ao Município a obrigatoriedade no fornecimento dos medicamentos especiais e excepcionais pleiteados (...) sendo incabível a responsabilidade imposta pela decisão".

O Ministro limitou a discussão aos artigos 196 e 198, pelo fato de as demais alegações não terem sido prequestionadas na decisão recorrida. Considera que estes dispositivos constitucionais são nucleares na discussão e que o Supremo já se posicionou "em sentido contrário ao pretendido pelo recorrente", ou seja, no sentido de considerar os referidos dispositivos dotados de aplicabilidade imediata. Cita, como orientação do STF, o AgRE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

⁷³ José Paulo Sepúlveda Pertence exerceu atividades ligadas ao Ministério Público, advocacia e outros cargos públicos. Foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, em decreto de 4 de maio de 1989, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Oscar Corrêa. Foi eleito para ocupar a Vice-Presidência e a Presidência do Supremo, além de ocupar o cargo de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral por duas vezes.

De fato, a parte da decisão transcrita pelo Ministro Sepúlveda Pertence busca demonstrar que o direito à saúde é direito público subjetivo, configura norma de aplicabilidade imediata e tem por destinatário todos os entes que compõem o plano federativo brasileiro. Neste sentido, é decisão que trata dos artigos 196 e 198, os quais o Ministro Pertence considera como o “núcleo da discussão”.

Além disso, a decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, no que tange ao uso deste precedente, diferencia-se das demais porque o referido Ministro destaca quais os aspectos que pretende fundamentar com o uso do precedente. E de fato o faz.

Contudo, no que tange à segunda decisão referida pelo Ministro Pertence, o AgRE 268.479/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, há algumas controvérsias. Antes de entrar na análise do mérito, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que a alegação de ofensa a alguns artigos não seria examinada por força do disposto nas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal⁷⁴.

Todavia, apesar da alegação de que o teor das súmulas incidiria sobre artigos que, entre outros aspectos, tratavam da cooperação entre os entes federativos (artigo 23, § Único) e da separação dos poderes (artigo 60, 4º, inciso III), é interessante anotar que a referida decisão do Ministro Sydney Sanches trata justamente destas questões, ao dispor que “(...) a reserva de atribuições para operacionalização de recursos financeiros (...) se existente, não guardaria qualquer correlação com o princípio federativo da separação dos poderes, já que se cuidaria de hipótese de divisão de funções com vistas à execução dos encargos cometidos por lei ao Estado (...)”.

⁷⁴ Súmula 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Súmula 356. O ponto omissis da decisão, sobre a qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Diante disto, questiona-se qual o sentido do emprego de dita decisão, se os aspectos de que trata nem sequer foram prequestionados. Assim, uma vez mais, a falta de motivação na aplicação do precedente impede o reconhecimento do seu papel na argumentação empregada pelo Ministro.

Ministro Néri da Silveira⁷⁵

Dentre as decisões analisadas, figurou como relator em 3 decisões monocráticas, dentre as quais será analisada uma: o Recurso Extraordinário 246.242, originário do Estado do Rio Grande do Sul, interposto pelo Estado Gaúcho contra acórdão do Tribunal de Justiça local que confirmou sua obrigação de fornecer medicamentos gratuitos fornecidos para o tratamento da AIDS, com fulcro no artigo constitucional 196.

O recorrente alega ofensa ao artigo 196 da Constituição Federal, vez que “referido artigo contém normas programáticas, dependendo de regulamentação”.

O Ministro Néri da Silveira considera que o recurso não merece prosperar e elabora uma decisão nos mesmos moldes da decisão proferida pelo Ministro Nelson Jobim, no RE 234.017/RS. Inicialmente, transcreve e acolhe o parecer do Ministério Público Federal que, baseado no AI 232.469/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, considera a aplicabilidade imediata da norma prescrita no artigo 196 e a ampla abrangência contida no preceito ‘Estado’.

Após reproduzir a colocação da Procuradoria, o Ministro Néri da Silveira passa a apresentar a orientação do Supremo. Inicialmente, faz menção ao AgRE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello, que “interposto pelo Município de Porto

⁷⁵ José Néri da Silveira exerceu a advocacia e a magistratura na Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Permaneceu por quase doze anos no Tribunal Federal de Recursos e, em 1º de setembro de 1981, assumiu o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, passando a integrar a Primeira Turma e a Comissão de Regimento do Tribunal. Aos 24 de abril de 2002 atingiu a idade limite para permanência na atividade, sendo aposentado por decreto da mesma data, publicado no D.O.U. do dia seguinte.

Alegre contra decisão do Ministro CELSO DE MELLO, relator, negou provimento ao recurso, em que se pretendia a reforma de decisão proferida pela Corte Gaúcha que reconheceu a obrigação de o Estado do Rio Grande do Sul garantir a pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS”. Observa-se que, apesar da descrição sintética do caso, o Ministro Néri da Silveira não abordou sua parte principal, qual seja os fundamentos e a racionalidade adotados por esta decisão.

O Ministro continua e afirma que “(...) sobre idêntica matéria, na mesma linha de decisão refiro, dentre outros (...)”. A partir daí, passa a citar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal como o RE 267.612/RS, Rel. Min. Celso de Mello, RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, RE 248.300/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa e RE 234.017/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, como exemplos da “orientação desta Corte”.

Nota-se, contudo, que a mera citação de algumas decisões, sem identificar seus argumentos, não revela qual a “linha de decisão” à que faz referência o Ministro Néri da Silveira. Afinal, as decisões do Ministro Celso de Mello e do Ilmar Galvão, apesar de terem adotado argumentos diferentes (vide subcapítulos 5.1 e 5.2), foram consideradas como representantes desta “mesma linha de decisão”.

Com isto, observou-se que, para a maior parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que utilizam decisões precedentes para fundamentar suas próprias decisões, a escolha dá-se muito mais em função do resultado (confirmação ou não da condenação ao fornecimento de medicamentos) do que da motivação empregada.

O respeito aos precedentes é, em suma, uma tendência espontânea de todos os sistemas jurídicos, sobretudo quando o juiz reconheça que há boas razões para segui-los. Entre elas pode estar, sobretudo, a preocupação com os princípios da

igualdade, da boa fé e da segurança jurídica⁷⁶. Contudo, o que se observou no caso em tela, foi o uso de precedentes sem o reconhecimento de quaisquer razões para tanto.

Isto vai de encontro com o princípio da motivação (art. 93, IX, CF) que, como imposição do princípio do devido processo legal, busca a exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa. Por fim, cabe observar que a falta de motivação na escolha e no uso de decisões anteriores permite um grau maior de discricionariedade dos representantes do Judiciário e, com isso, a perda de legitimidade deste Poder, uma vez que a sentença é o momento em que o juiz responde ante o povo pelo uso que faz do poder que lhe é atribuído⁷⁷.

⁷⁶ JÚNIOR, José Jesus Cazetta, “A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante”, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

⁷⁷ PORTANOVA, Rui, “Princípios do Processo Civil”, 5ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível perceber, a tendência do Supremo Tribunal Federal é unívoca no sentido de conceder os medicamentos para o tratamento da AIDS pleiteados no âmbito judiciário. Estas decisões são pautadas, em boa parte, na consideração de que o direito à saúde é direito subjetivo e norma de aplicabilidade imediata, bem como no fato de que o preceito constitucional, artigo 196, foi regulamentado por lei estadual.

Observa-se, contudo, que as decisões não se preocupam com aspectos fundamentais da política pública formulada pelo Executivo e pelo Legislativo, tais como a limitação orçamentária e a repartição de atribuições para operacionalização dos serviços de saúde e gestão dos recursos.

No mesmo sentido foi a conclusão obtida pelo grupo PET/CAPES ao analisar a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Constatou-se que os juízes do mencionado tribunal, em 85% dos casos analisados, concediam os medicamentos a quem os requeresse por meio de ação judicial. Em contrapartida, verificou-se que somente em 28,5% dos casos houve análise ou qualquer consideração quanto à lógica subjacente à política pública.

O estudo publicado pelo Ministério da Saúde – “O Remédio via Justiça, um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais” – analisou acórdãos de processos julgados pelos Tribunais de Justiça de cinco estados (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Rio de Janeiro e Ceará) e do Distrito Federal, dos cinco Tribunais Regionais Federais, além das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Com isso constatou que “a Justiça brasileira, quase à unanimidade, reconhece o direito de os portadores de HIV/AIDS receberem os medicamentos e exames necessários para seu tratamento”, mesmo nos casos em que o medicamento não foi incorporado à rede pública.

O aludido trabalho destaca, ainda, que em boa parte das decisões o Judiciário releva questões processuais suscitadas pelo Poder Público, bem como argumentos relacionados à dotação orçamentária, licitação, prejuízo de caráter econômico para o erário público frente ao direito pleiteado pelo cidadão, sobrepondo o direito à vida e à saúde a qualquer outro argumento, com fundamento da Constituição Federal e na legislação infra-constitucional.

Enfim, os três trabalhos apontam para o mesmo sentido: o reconhecimento do direito dos portadores de HIV/AIDS receberem os medicamentos necessários, como se este fosse um problema de cunho único e exclusivamente individual.

O professor José Reinaldo Lima Lopes⁷⁸ ressalta a emergência de três espécies de conflitos submetidas ao crivo judicial e destaca que, dentre estas, uma caracteriza-se pelo conflito coletivo aparentemente individual e tradicional. Neste sentido, destaca que “na sociedade de massas e de classes, porém, a repetição dos casos individuais semelhantes indica a existência de classes, grupos, conjuntos em que a solução de um caso antecipa a de outros semelhantes”.

Observa-se que é exatamente isto que ocorre nos casos de fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS. O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o direito à saúde como direito individual deixa de perceber que, a bem da verdade, o conflito que se lhe apresenta é essencialmente coletivo. Não só porque assume proporções coletivas, mas também e, principalmente, porque é uma questão de justiça distributiva.

Aqui, novamente emprega-se o conceito apresentado pelo professor José Reinaldo, no sentido de que justiça distributiva é a virtude de distribuição igual

⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima, “Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição”, in Revista USP.

(proporcional) de coisas comuns (não produzidas por ninguém) e coisas produzidas em comum. Ou seja, tem como seu objeto próprio o bem comum.

Ora, no caso em tela, o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, pela via judicial, de forma diversa da prevista na política pública implementada pelo Executivo e Legislativo, requer dotação e previsão orçamentária para tanto. Assim, uma vez que os recursos e o orçamento têm caráter público e limitado, sua alocação é um problema de caráter distributivo porque implica a apropriação individual de recursos comuns.

Contudo, a partir do momento que este conflito, eminentemente distributivo, é discutido como se fosse mais um confronto de vontade e de partes individualizadas – de um lado o interesse do indivíduo pela concessão do medicamento e de outro o do Estado em não concedê-lo -, a decisão do órgão judiciário não o soluciona, mas cria outros conflitos/problemas.

De um lado tem-se que a decisão pela concessão dos medicamentos pleiteados gera uma situação desigual, ao conferir tratamento especial e diferenciado para alguns indivíduos, especificamente aqueles que têm possibilidades financeiras e sociais para ingressar no Judiciário e manter sua demanda até a mais alta Corte do país.

De outro, tem-se que a não consideração dos aspectos financeiros e orçamentários como aspectos relevantes e fundamentais em uma decisão que, necessariamente, implica a alocação destes, cria uma situação de iminente instabilidade, potencializada pelo fato de que há muito mais do que só uma decisão neste sentido. Afinal, diante da postura adotada pelo Judiciário, o Poder Público terá que optar entre aumentar sua arrecadação tributária ou diminuir suas despesas (o que implica restringir suas atividades em outros campos).

Por fim, não se pretende aqui advogar única exclusivamente pelo interesse financeiro do Estado. Pelo contrário, como já mencionado anteriormente, a vida e o orçamento público não são princípios antagônicos, pois que a efetivação do primeiro depende do segundo e a legitimidade do segundo depende da sua preocupação em assegurar a vida e a dignidade humana. Diante disto, é fundamental que, ao decidir pela realização dos direitos sociais, como no caso em tela, o Supremo Tribunal Federal considere a limitação dos recursos públicos⁷⁹ e a organização das políticas públicas, sob o risco de acarretar a incapacidade gerencial das instituições públicas e a ineficácia dos programas de

⁷⁹ Neste sentido, o jornal "A Folha de S. Paulo", circulou reportagem no dia 03 de outubro de 2004, na qual destaca que os Governos reclamam de falta de recursos e denunciam participação de laboratórios farmacêuticos nas ações movidas por pacientes. De acordo com esta reportagem "os governos estaduais querem barrar, por meio de lei, o número crescente de decisões judiciais que obrigam o fornecimento de remédios e outros tratamentos de alto custo que não são pagos pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Projeto nesse sentido já está sob análise do governo federal. (...) A proposta prevê que os juízes só poderão conceder os tratamentos após manifestação dos governos, em até 72 horas. Atualmente, os Estados não precisam ser consultados para essa decisão. Além disso, estabelece que só pacientes do SUS (inúmeras ações beneficiam usuários de planos de saúde) poderão ser beneficiados e exige a concessão apenas de remédios comercializados no país, sendo que a maioria das drogas de alto custo hoje é importada.

"Os Estados estão em uma situação de quase asfixia", diz Fernando Cupertino, vice-presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde e secretário da Saúde de Goiás. "É justo comprar R\$ 187 mil em remédios que não têm sua eficácia comprovada?".

As secretarias questionam ainda as ordens para fornecer remédios ainda não incorporados ao SUS e drogas cujo custo-benefício não justifica a compra em larga escala. Também querem que usuários de planos de saúde passem a acionar as operadoras, e não o governo, quando não tiverem acesso a um tratamento.

Só neste ano, foram gastos em Goiás R\$ 2,9 milhões com as decisões judiciais, enquanto em todo o ano de 2004 o valor foi de R\$ 1,4 milhão. Mato Grosso do Sul teve um aumento de mais de 200%.

O secretário estadual da Saúde do Rio, Gilson Cantarino, já recebeu seguidas ameaças de prisão para fornecer tratamentos que o SUS não garante. Mas sua assessoria diz que a maioria dos pedidos é perfumaria, até a compra de xampu e sabonete líquido já foi ordenada pela Justiça. (...)

Segundo a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, 10 mil pacientes recebem tratamentos via ordens da Justiça, e os custos com as ações em 2005, de R\$ 86 milhões, cresceram 79% em relação a 2004, já correspondendo a 30% do gasto no programa oficial de remédios de alto custo. Em comparação, o governo gasta R\$ 284 milhões para 250 mil pessoas no programa dos medicamentos mais caros bancados pelo SUS.

Os remédios que chegam por via judicial são mais dispendiosos porque não são comprados por licitação, onde ganha o melhor preço. Para os Estados, isso explica porque as ações atraem tanto o interesse dos laboratórios.

"Há, sim, uma mobilização de interesses das multinacionais", diz Cupertino. Indústrias farmacêuticas rechaçam as acusações".

ação governamental, e dar causa a um enorme retrocesso na proteção e efetivação dos direitos assegurados na Constituição Federal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro, “Curso de Direito Constitucional”, 19ª ed., Ed. Saraiva, 1998.
- BUCCI, Maria Paula Dallari, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, Ed. Saraiva, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari, “Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos”, publicado na Revista da Faculdade de Saúde Pública.
- DUARTE, Clarice Seixas, “Direito público subjetivo e políticas educacionais”, in São Paulo Perspec. vol.18 nº 2 São Paulo Apr./Jun 2004.
- JÚNIOR, José Jesus Cazetta, “A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante”, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, “Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronto a instituição”, in Revista USP, número 21, mar.-mai/1994.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, “Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário”, in “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, org. José Eduardo Faria, Ed. Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, “Curso de Direito Administrativo”, 17ª ed., Ed. Malheiros, 2003.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella, “Direito Administrativo”, 13ª ed., Ed. Atlas, 2001.
- PORTANOVA, Rui, “Princípios do Processo Civil”, 5ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.
- SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional Positivo, 22ª ed., Ed. Malheiros, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo, “Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Volume V”, 2ª ed., Ed. Renovar, 2000.

- TUSHNET, Mark, “Civil rights and social rights: The future of the reconstruction amendments”, *in* Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 25: 1207.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, “Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política”, 2ª ed, Ed. Malheiros.

Decisões analisadas:

- **Acórdãos:** RE 242.859/RS; RE 264.269/RS; AgRE 273.834/RS; AgRE 255.627/RS; AgRE 273.042/RS; AgRE 281.080/RS; AI Agr 486.816/RJ; AgRE 271.286/RS; AgRE 257.109/RS; AgRE 268.479/RS; AgRE 259.508/RS.

- **Decisões Monocráticas:** RE 310031/SP; STA 34/SP; AI 396.973/RS; RE 234.016/RS; RE 253.454/RS; RE 280.642/RS; RE 273.042/RS; RE 247.352/RS; RE 246.262/RS; RE 244.087/RS; RE 237.367/RS; AI 232.469/RS; RE 370.959/RS; AI 418.320/RS; RE 259.415/RS; RE 293.379/RS; RE 298.993/RS; RE 281.080/RS; RE 247.119/RS; AI 286.933/RS; RE 277.573/RJ; RE 278.402/SP; RE 241.630/RS; RE 247.095/RS; RE 276.640/RS; RE 271.286/RS; RE 270.890/RS; RE 253.741/RS; AI 238.328/RS; RE 273.834/RS; RE 247.900/RS; RE 248.300/RS; RE 234.017/RS; RE 246.242/RS; RE 232.335/RS; RE 236.644/RS; RE 267612/RS.