

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

EDER DION DE PAULA COSTA

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eder Dion De Paula Costa, José Ricardo Caetano Costa – Florianópolis:
CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-571-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Saúde. 4. Vulnerabilidade.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

Dos 18 artigos aprovados no GT o qual coordenamos, no XXVI GONGRESSO NACIONAL – DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA, realizado entre os dias 15 A 17 de novembro de 2018, em São Luis, Maranhão, foram apresentados todos os artigos aceito. Os trabalhos tiveram predominância nas áreas que compõe a Seguridade Social (Previdência, Saúde e Assistência Social), demonstrando a tendência crescente deste GT em albergar os trabalhos que versam sobre a Seguridade Social no Brasil.

Vejamos uma rápida sinopse de cada um dos trabalhos apresentados.

No artigo denominado A AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA EMPRESAS QUE PRATICAM ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL QUE AFETA A SAÚDE PSÍQUICA DOS TRABALHADORES, de Nilson Jose Gomes Barros, o autor aborda a possibilidade da ação regressiva do INSS contra empresas que praticam assédio moral que afeta a saúde psíquica dos trabalhadores. Analisa o aumento dos índices de afastamento por licença saúde, por assédio moral, o que ocasiona um grande impacto financeiro nas contas da previdência social.

No artigo denominado A ASSISTÊNCIA SOCIAL E A ANIQUILAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DE CIDADANIA NO BRASIL, de Juliana Toralles dos Santos Braga, Eder Dion De Paula Costa, os autores apresentam uma reflexão acerca da assistência social no Brasil e a atual aniquilação dos direitos sociais de cidadania previstos na CRFB de 1988, especialmente os referentes ao benefício de prestação continuada.

No artigo denominado A SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO PRINCÍPIO E FUNDAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL, de Camila Barreto Pinto Silva, Cristina Barbosa Rodrigues, as autoras intentam demonstrar que a seguridade social visa disseminar e fortalecer a solidariedade que é um dos pilares da sociedade moderna. Avaliam o principio da solidariedade social, como um dos pilares da seguridade social.

No artigo denominado A COOPTAÇÃO SINDICAL CORPORATIVISTA E A LEGALIZAÇÃO DA CLASSE TRABALHADORA BRASILEIRA, de Bruno Ferraz Hazan, Luciana Costa Poli, os autores apresentam uma análise da política corporativista de Getúlio Vargas e dos elementos a ela agregada que culminaram com a consolidação do mito de

outorga e da perda de identidade da classe trabalhadora brasileira. Investigam as primeiras manifestações do sindicalismo no Brasil, a fim de se demonstrar que o Direito do Trabalho no país não pode ser totalmente proclamado como dádiva estatal.

No artigo denominado A INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SEGURO, Max Emiliano da Silva Sena, Letícia da Silva Almeida, os autores abordam o direito à informação e o direito social ao meio ambiente do trabalho seguro, este como integrante do meio ambiente geral, consubstanciam direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Avaliam se o trabalho atende ao princípio ambiental da prevenção e oferece importantes subsídios para a garantia de um ambiente de trabalho seguro e saudável, por meio da educação ambiental e da visão sistêmica de fatores internos e externos relativos ao trabalho.

No artigo denominado A TEMPORARIEDADE DA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM APLICAÇÃO AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS, de Marcilene Margarete Cavalcante Marques, Leonardo Rabelo de Matos Silva, os autores abordam situação real fática das perícias médicas no âmbito judicial estadual. Investigam da necessidade de realização de duas perícias, quando já poderia em uma única perícia nexos causal detectar incapacidade laborativa do segurado decorre de acidente de trabalho ou doença ocupacional em razão das atividades exercidas pelo segurado.

No artigo denominado ANÁLISE DA POLÍTICA DE SEGURIDADE SOCIAL SOB ENFOQUE LUSO-BRASILEIRO: A ESPECIFICIDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA PERSPECTIVA DE ACESSO À DIREITOS, de Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães, Camila Arraes de Alencar Pimenta, analisam a questão da desigualdade social no Brasil e em Portugal. Constatam que o benefício de prestação continuada e o complemento solidário para idosos são dois exemplos de benefícios dos países em questão que complementam a renda dos idosos vulneráveis. Analisam conceitos jurídicos e segue para a verificação prática da jurisprudência, desenvolvendo a crítica argumentativa por meio de referencial teórico.

No artigo denominado AS AÇÕES JUDICIAIS CONTRA OS FUNDOS DE PENSÃO E OS IMPACTOS DAS CONTINGÊNCIAS NOS PLANOS PRIVADOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, de Rodrigo Otávio de Barros Santos, o autor analisa as ações movidas contra as Entidades Fechadas de Previdência Complementar-EFPC, ou fundos de pensão. Analisa as ações que podem influenciar o patrimônio não só da entidade, mas, sobretudo, dos planos administrados. Propõe, portanto, que estes planos reservem uma parte do seu

patrimônio para a cobertura de possíveis demandas, sob pena de prejudicar os respectivos planos.

No artigo denominado CONFLITOS DE DECISÕES EM PROCESSOS REFERENTES À ASSISTÊNCIA À SAÚDE SUPLEMENTAR COM BASE EM NORMAS REGULATÓRIAS DO SETOR E DO PODER JUDICIÁRIO, de Gleidson Sobreira Lobo, Marlene Pinheiro Gonçalves, os autores investigam as decisões divergentes entre o órgão regulador do mercado de saúde suplementar e o Poder Judiciário. Na pesquisa realizada, os autores verificaram que em todos os processos demandados, a operadora de planos de assistência à saúde procedeu as devidas negativas baseando-se na legislação referente ao mercado de saúde suplementar, sendo todos os processos administrativos arquivados, mas no âmbito do Judiciário foram obtidos sucessos nas demandas analisadas.

No artigo denominado DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, de Miguel Ferreira Filho, o autor verifica o posicionamento jurisprudencial acerca da prestação de tratamentos com medicação experimental, com vistas à aplicação do princípio da precaução. Constatou que o modelo de Estado Constitucional impõe um dever estatal para promoção dos direitos sociais prestacionais e o meio adequado, perquirindo-se acerca do conceito de interesse público, bem como do conflito entre mínimo existencial e reserva do possível nas decisões judiciais.

No artigo denominado DIREITOS SOCIAIS: CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO JUSTIÇA SOCIAL SEGUNDO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, de Auricelia do Nascimento Melo e Maria do Rosario Pessoa Nascimento, as autoras realizam uma análise sobre o benefício assistencial, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana. Buscam identificar as decisões em que a aplicação desse princípio teve prevalência em detrimento da lei.

No artigo denominado EMPODERAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES AFETAS A SEGURIDADE SOCIAL: INCREMENTALISMO OU INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA, de Viviane Freitas Perdigão Lima, Renata Caroline Pereira Reis Mendes, as autoras analisam a política pública e os precedentes do Judiciário ao substituir as funções do Poder Executivo e Legislativo, na proteção dos riscos sociais. Verificou-se a postura judicial incrementando a Constituição ao primar a solidariedade social.

No artigo denominado HIV/AIDS E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: INCAPACIDADE DE ACORDO COM A SÚMULA

78 DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO (TNU), de Maria Aparecida Alkimin, Nathanael Lisboa Teodoro da Silva, os autores analisam a situação jurídica dos portadores do HIV/AIDS e efetivação do direito fundamental à saúde e previdência social em face da dignidade da pessoa humana e as hipóteses em que o portador do HIV poderá obter direito as prestações previdenciárias por incapacidade junto ao Regime Geral da Previdência Social. São demonstrados os estágios do vírus, contexto histórico e estigmas sociais, trazendo o conceito de incapacidade da Súmula 78 da TNU.

No artigo denominado JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: A JUSTIÇA PAUTADA NA INSEGURANÇA, de Andre Studart Leitao, Daniela Montezuma Da Silva, os autores procuram analisar os julgados relativos a benefícios assistenciais nos Tribunais Federais do Brasil em face de recente decisão do STF, que entendeu pela inconstitucionalidade do critérios legais, ampliando os parâmetros objetivos para que o juiz possa reconhecer outros critérios para a concessão do benefício no caso concreto.

No artigo denominado O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE, de Claudio Ruiz Engelke, José Ricardo Caetano Costa, os autores analisam o fenômeno chamado de judicialização da saúde, em que ações judiciais pleiteiam alguma medida do sistema estatal. Utilizando-se do método indutivo e da pesquisa de revisão bibliográfica, tenta-se demonstrar alguns limites existentes nesse processo de judicialização da saúde, especialmente quando envolvem políticas públicas de proteção coletiva.

No artigo denominado O PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO E A TEORIA WEBERIANA DA BUROCRACIA, de Tiago Adami Siqueira, analisa os conceitos e princípios do processo administrativo previdenciário, através da teoria burocrática de Max Weber. Entende que o Direito à Seguridade Social está no rol dos Direitos Fundamentais, sendo assim o acesso ao sistema previdenciário brasileiro (Regime Geral de Previdência Social), necessitando ser organizado, seguro, simples e transparente.

No artigo denominado O TRANSGÊNERO E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: OMISSÃO LEGISLATIVA E INSEGURANÇA JURÍDICA NO ACESSO AOS BENEFÍCIOS, de Danilo Henrique Nunes e Lucas De Souza Lehfeld, analisam a isonomia e da dignidade da pessoa humana, no que respeita ao transgênero e seus direitos previdenciários, além de contemplar a indispensabilidade de reflexão acerca dos benefícios previdenciários diante da omissão legislativa e insegurança jurídica nesse sentido, busca-se levantar os principais pontos sobre a questão previdenciária para os indivíduos transexuais.

No artigo denominado PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REFORMA DA PREVIDÊNCIA: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO, de Ana Caroline Pires Miranda e Daniele Letícia Mendes Ferreira, as autoras discorrem sobre o direito fundamental à previdência social, enfocando os principais aspectos da reforma da previdência social, apontando criticamente as propostas constantes na Emenda Constitucional 287/2016 ao texto constitucional e aos princípios consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

No artigo denominado REFLEXÕES SOBRE AS LIMINARES QUE ORDENAM O ESTADO FORNECER MEDICAMENTOS FORA DA LISTA DA RENAME À LUZ DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO, de Maria Claudia Crespo Brauner, Rodrigo Gomes Flores, as autoras refletem sobre as decisões judiciais de fornecimento de medicamentos fora da lista do RENAME diante do papel do Estado Social de Direito, cuja regulação e planejamento foram deferidos aos poderes legislativo e executivo. Concluem que a interferência do Poder Judiciário nas políticas de saúde deverá ser limitada a casos extremos, sob pena de ferir o princípio da igualdade e universalidade do acesso à saúde.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa - FURG

Prof. Dr. Eder Dion De Paula Costa - UniChristus

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

JUDICIAL DECISIONS ABOUT EXPERIMENTAL DRUGS AND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE

Miguel Ferreira Filho

Resumo

O presente artigo objetiva verificar o posicionamento jurisprudencial acerca da prestação de tratamentos com medicação experimental, com vistas à aplicação do princípio da precaução. Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa bibliográfica e método dedutivo de avaliação. Verificou-se se o modelo de Estado Constitucional impõe um dever estatal para promoção dos direitos sociais prestacionais e o meio adequado. Perquiriu-se acerca do conceito de interesse público, bem como do conflito entre mínimo existencial e reserva do possível nas decisões judiciais. Verificou-se a posição acerca da prestação de tratamentos com medicação experimental e, o efeito da aplicação do princípio da precaução.

Palavras-chave: Estado constitucional, Direito à saúde, Jurisprudência, Medicação experimental, Princípio da precaução

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to verify the jurisprudential positioning regarding the provision of treatments with experimental medication, through to the application of the precautionary principle. For that, a methodology of bibliographic research and deductive method of evaluation was used. It was verified if Constitutional State imposes a duty to promote the social rights and the adequate means. It was inquired about the public interest, as well as the conflict between existential minimum and reserve of the possible. The position regarding the provision of treatments with experimental medication and the effect of the application of the precautionary principle was verified.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional state, Right to health, Jurisprudence, Experimental medication, Precautionary principle

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca entender o atual panorama jurídico da prestação de serviço de saúde, mormente pela prestação de tratamentos com uso de medicação experimental, e quais os efeitos da aplicação do princípio da precaução nas decisões judiciais sobre fornecimento de medicamentos em caráter experimental.

Tratou-se de identificar, inicialmente, qual a forma de agir no seio social do Estado brasileiro contemporâneo. Para isso, perquiriu-se acerca do modelo de Estado atual, qual seja Estado Constitucional, em que se observou grande similitude aos conceitos de Estado Democrático de Direito e Estado Social de Direito.

A um Estado Constitucional, a partir da realidade de uma Constituição material, impõe-se um agir estatal pautado na promoção de direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos. Ou seja, não se quer mais do Estado apenas uma abstenção ou eventualmente uma simples regulação econômica para garantir a fluidez do mercado e sua autorregulação, mas quer-se um agir positivo por parte do Estado, na promoção dos direitos que não seriam alcançados, ou seriam com muita dificuldade, apenas pelas relações sociais.

Esse atuar do Estado se dá através de políticas públicas, que devem visar precipuamente a alteração do status quo social, com a participação da população, na promoção dos objetivos fundamentais.

Todavia, em relação a políticas públicas relativas à saúde, não se vê plena eficiência do modelo e dos programas adotados, ao passo que cada indivíduo pode responder de forma diversa ao esperado em um determinado tratamento.

Vê-se um movimento político jurídico para manutenção dos programas de saúde da forma como estão, deixando ao desamparo indivíduos acometidos de doenças que necessitam de tratamento experimental não reconhecido pelas agências de controle, nem constantes dos protocolos clínicos.

Por isso, ocupou-se o presente estudo em perquirir acerca da obrigação do Estado em prestar materialmente a saúde, porquanto direito fundamental, e qual o majoritário entendimento jurisprudencial quanto ao tema, especificamente quanto à dispensa de tratamentos com medicação experimental, bem como os efeitos da aplicação do princípio da precaução na saúde.

2 ESTADO CONSTITUCIONAL E O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE

Vê-se na evolução do Estado brasileiro uma similaridade do Estado Constitucional com o denominado Estado Democrático de Direito, ao passo que suas balizas estão definidas na Constituição Federal, com expressa supremacia dos direitos fundamentais, seja nos aspectos principiológicos, seja nos fundamentos, nos objetivos fundamentais ou ainda nos instrumentos para sua garantia e eficácia.

A ideia de Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição Federal brasileira de 1988, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas que não se confundem: o de democracia e o de constitucionalismo, traduzindo-se este em uma limitação do poder e supremacia da lei, e aquela na soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir eventuais conflitos, enquanto determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição Federal sobrepujarem a vontade da maioria (BARROSO, 2009). Essa premissa é fundamental para este estudo.

Sobre a imperatividade do Estado Constitucional na atualidade, José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 89) afirma que “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”.

Diversamente de modelos anteriores, o Estado Constitucional se apresenta como um abrigo do multiculturalismo, garantidor do pluralismo e da democracia, fincado em bases cujos objetivos fundamentais apontam para uma verdadeira mutação social. O Estado está diretamente vinculado ao atendimento de uma série de objetivos axiológicos, relacionados à progressiva promoção de determinados fins, como a superação das desigualdades materiais presentes na sociedade, a realização de uma justiça substancial e a salvaguarda da democracia.

Para Thiago Lima Breus, no Estado Constitucional houve uma nova inserção de valores, explícitos, os quais, ainda que se encontrem baseados em critérios de justiça ou mesmo morais, encontram seu substrato no próprio ordenamento e se irradiam por todo ele, o que se dá devido ao modo de sua aplicação, de forma ponderativa, diferentemente da aplicação por meio da subsunção do fato à norma, característica do modelo jurídico de direito positivo, composto por regras, e próprio do modelo anterior, de Estado de Direito (BREUS, 2006).

Isso porque a Constituição Federal de 1988 representou, para o Estado brasileiro, a inauguração de um novo constitucionalismo, cuja característica principal está fundada na acepção de Constituição em sentido material, com expressa inclusão da promoção e proteção

da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, característica marcante do Estado Constitucional, especialmente pela atuação do Poder Público através do mecanismo de políticas públicas.

Políticas públicas, pode-se dizer, representam um instrumento utilizado no modelo de Estado Constitucional: o *government by policies* (governo por políticas), que se contrapõe à forma de atuação do Estado de Direito, designado por *government by law* (governo por leis) (COMPARATO, 1997, p. 351).

Depreende-se, pois, do novel modelo de Estado Constitucional brasileiro, que a atuação estatal resta por muito ampliada, ao passo que compete ao Estado a realização dos objetivos constitucionalmente delineados. Ademais, o Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.

O Estado, por outro lado, não pode se afastar da questão que se apresenta no que se refere à primordial e árdua tarefa de eleger quais direitos serão promovidos ou protegidos pelo Poder Público, devendo, contudo, considerar a premissa de que as políticas públicas não se reportam tão somente ao terreno da definição política, mas, sobretudo, devem estar subordinados aos postulados constitucionais estabelecidos, não com vagueza, mas com precisão e condições de exigibilidade nos mais variados campos dos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, Gilberto Bercovici (2003, p. 174) aduz que o fundamento das políticas públicas está na necessidade de concretização dos direitos dos cidadãos, o que se dá através de prestações positivas do Estado, de forma que a principal política pública será o desenvolvimento nacional, o qual deverá ser harmonizado com as demais políticas públicas. Assim, do desenvolvimento econômico e social aliado à eliminação das desigualdades sociais far-se-á a síntese dos objetivos históricos nacionais.

Destarte, ainda que se tenha clareza sobre a fundamentação das políticas públicas e a essencialidade de sua destinação, tem-se, pois, que não há uma conceituação unificada sobre o que são políticas públicas, concebidas de maneira generalizada como ação estatal com o desiderato de alcançar determinadas finalidades em nome do interesse público.

Nos dizeres de Maria Paula Dallari Bucci, é plausível considerar que não há um conceito jurídico de políticas públicas. Há um conceito utilizado pelos juristas (e também por não juristas) como orientação para a compreensão de políticas públicas e o atuar nesse campo. Não há um conceito jurídico, pois as categorias que estruturam o conceito são de natureza própria da política ou da administração pública (BUCCI, 2006, p. 47).

Para Cristiane Derani (2002, p. 239) as políticas são chamadas de públicas quando estas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes. São políticas públicas porque manifestações das relações de forças sociais refeletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, com o escopo de modificação da vida social. São políticas públicas porque são empreendidas por agentes públicos competentes para tal, objetivando a alteração das relações sociais estabelecidas.

Logo, ao se ampliar a utilização de políticas públicas na concepção de um instrumento eficaz, precípua do agir do Estado, com inserção normativa constitucional, estar-se-á, em princípio, propagando a efetivação de direitos fundamentais, inclusive os de natureza prestacional, isso porque estarão cada vez mais alçados a um patamar de destaque, de supremacia no sistema constitucional, contando, portanto, com um mecanismo sólido para sua efetivação.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grupos (SARLET, 2006, p. 270): os direitos de defesa, como os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais e políticos; e os direitos a prestações, integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional.

Deve-se ressaltar, de qualquer modo, que há uma diferença entre a função de defesa e a função de proteção do direito fundamental: enquanto a primeira se destina a impedir que o Estado intervenha arbitrariamente na esfera jurídica dos cidadãos, a segunda impõe ao Estado uma atuação positiva, devendo evitar que terceiros promovam intervenções ilícitas (ALEXY, 2008, p. 200).

Funcionando como direito a prestações, o direito à saúde determina que o Poder Público adote condutas positivas, de natureza fática e normativa. A função de direito a prestações em sentido amplo impõe que sejam adotadas medidas protetivas e que sejam instituídos procedimentos e organizações aptos à tutela do cidadão, entendidos esses como direitos à participação na organização e no procedimento (PIVETTA, 2013). As primeiras se expressam na obrigação de que o Estado estruture mecanismos que protejam a esfera individual e coletiva dos cidadãos.

Para Saulo Lindoerfer Pivetta (2013),

O direito à saúde, nesse compasso, assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais, que se manifestam na forma de direitos de defesa e de direitos a prestações, embora seja possível nele identificar uma função predominantemente prestacional, sobretudo em países que possuem baixo nível de desenvolvimento

socioeconômico. Atuando enquanto direito de defesa, o direito à saúde impõe que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir indevidamente no âmbito de liberdade pessoal relacionada à saúde do indivíduo.

O direito à saúde também se desdobra em direito a prestações em sentido estrito, como classificado por Ingo Sarlet, que se caracteriza pelas mais diversas atuações positivas do Estado, atuando no mundo fenomênico – não apenas restrito a edição de normas – com escopo a garantir ao cidadão o acesso aos bens e serviços de saúde. E aqui residem as políticas públicas de promoção de saúde.

Destaque-se, por oportuno, que não se desprende da realidade brasileira a permanente e eficiente atuação da Administração Pública na concretização de políticas públicas com o fito de atender ao interesse público.

Sobre esse tema, interesse público, a doutrina tem se debruçado para formular conceitos jurídicos e parâmetros de aferição a partir de pressupostos e referenciais, o qual será a seguir abordado.

2.1 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Não é tarefa simples conceituar interesse público sob qualquer perspectiva no campo das ciências humanas. De início, parte-se da premissa que interesse público, majoritariamente na doutrina jurídica, ainda é tido como um conceito indeterminado, tendo sido num primeiro momento concebido como resultado da soma dos interesses privados convergentes ou ainda como sinônimo do interesse das maiorias. Tais definições, contudo, não se apresentam com a abrangência necessária para demonstrar a formatação nuclear de seu conceito.

Marçal Justen Filho (2005, p. 41) faz uma abordagem preliminar ao tema dizendo que a expressão “interesse público”, como outrora compreendido, elimina a possibilidade de crítica, imuniza as decisões do Estado e permite que o governante aja do jeito que lhe melhor aprover, sem a possibilidade de se comprovar se aquela atuação efetivamente se dá no que mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva.

Em razão da indefinição sempre presente do conceito de interesse público, após muito tempo, parte da doutrina entendeu por emprestar à expressão interesse público a sinonímia de finalidade do Estado, dos objetivos estatais na implementação de direitos fundamentais.

Essa mudança é percebida por Marçal Justen Filho (2005, p. 42), quando pretende a substituição de interesse público, na esfera do Direito Público, pela noção de interesses coletivos, sustentando que o regime jurídico de Direito Público consiste no conjunto de normas

jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização de direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins.

Celso Antônio Bandeira de Mello, árduo defensor da supremacia do interesse público sobre o privado, sustenta que:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público, proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos ou resguardados (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 60).

Em uma leitura quase desatenta, depreende-se da corrente de pensamento da supremacia uma privilegiada posição da Administração Pública, ao passo que sua finalidade precípua é buscar a consecução do interesse público – eventualmente por ela definidos qual o conteúdo e alcance da expressão – sobrepujando interesses privados, mostrando-se cristalina sua posição de superioridade em relação aos particulares. Todavia, esta não parece a melhor percepção, ao passo que ao se tratar de interesse público, como categoria contraposta ao interesse privado, individual, “acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando a errônea suposição de que se trata de um interesse a se stante, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compoem o todo” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 51).

Isto porque não se deve pensar o interesse público como algo dotado de consistência autônoma, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes, não sendo possível uma separação absoluta entre ambos, pois seria inconcebível entender o interesse público enquanto contrário aos interesses dos indivíduos que compõe o todo (FERRARI, 2010, p. 293).

Não se pode negar que há complexidade para a conceituação do interesse público diante da leitura que deve ser feita periodicamente dos interesses do espectro social, em face também dos diversos entendimentos doutrinários, destacando-se, contudo, a necessidade do estabelecimento de critérios para delimitação e qualificação do interesse público como forma de legitimar as políticas públicas implementadas pelo Estado na consecução dos objetivos fundamentais.

Neste sentido, destaca-se que os critérios mais utilizados para a aferição e delimitação do interesse público estão relacionados à quantidade, na qual o referencial aferido parte da discrepância existente entre os interesses da maioria e os interesses da minoria, bem como a

relação entre o todo e a parte, de modo a qualificar os interesses de grupos ou instituições, como os do próprio Estado e da sociedade.

No que tange ao aspecto quantitativo, podemos identificar a dificuldade em se determinar um patamar de maioria que permaneça por um razoável período de tempo, considerando a fragmentação de interesses, bem como se pode dizer que afirmar que o interesse público reside no interesse privado comum e homogêneo de uma maioria conduz à opressão. Isso porque o interesse público a ser respeitado não pode ser, numa democracia, apenas o interesse da maioria da população. Isso significaria a destruição do interesse das minorias, o que não se admite em um Estado que se pretende Democrático, e ainda mais, como alhures referido, pela prevalência do modelo de Estado Constitucional, em que a vontade da maioria por vezes render-se-á a normativas constitucionais de ordem objetiva, material ou procedimental.

Seja como for, a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito, na visão de Marçal Justen Filho (2005, p. 45), subordina-se a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. Por isso, só se pode cogitar de interesse público como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito, sempre que essa atividade seja compatível com os direitos fundamentais.

Por isso, não se pode cogitar, em tese, da implementação de políticas públicas que simplesmente se pautem em um interesse público prévio, ou que não respeitem as considerações acerca do transcendental princípio da universalização do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana.

Contudo, as políticas públicas – os programas de ação estatal – são, em regra, gerais e abstratos, ou seja, não privilegiam uma determinada categoria de cidadãos. Considerando isso, pode-se imaginar que haja situações em que indivíduos não tenham seus interesses plenamente atendidos pelas políticas públicas postas, ou o resultado delas não lhe seja proveitoso.

Para o estudo aqui proposto, imaginamos a situação em que uma determinada enfermidade demande um tratamento com uso de medicação experimental, não relacionada no rol de medicamentos aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Neste caso hipotético, resta ao indivíduo buscar tutela jurisdicional para satisfação de seu eventual direito lesado. Perquiriremos acerca da atuação do Poder Judiciário no campo da saúde, especialmente no tocante ao fornecimento de medicação experimental.

3 CONTROLE JUDICIAL DA SAÚDE: CONFRONTO ENTRE MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Quando se trata de direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, que para serem efetivados necessitam da atuação positiva do Estado, mas que dependem da existência de recursos materiais e financeiros, surge a questão relativa à atuação do Judiciário no que concerne ao cumprimento das disposições constitucionais, determinantes da atividade estatal.

A partir da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, o Estado se viu obrigado a se estruturar de tal forma que fosse possível a promoção dos direitos sociais na realização dos atos administrativos ou na edição de leis, garantindo eficácia aos seus comandos normativos e executivos.

Para tanto, o constituinte brasileiro elaborou um complexo mecanismo de controle de constitucionalidade, incumbindo ao Poder Judiciário o controle da atividade das outras instituições de poder no que tange à observância dos comandos constitucionais e, quando violados esses comandos – seja por ato comissivo ou omissivo do ente federado ou de seus órgãos – está legitimado o Poder Judiciário a interferir na ação violadora, de modo a coibi-la, ou na inação violadora, de modo a determiná-la, sempre mediante provocação e observância do devido processo legal.

Na direção de garantir-se o direito à saúde, não sendo este efetivado através de políticas públicas e prestação de serviços regular pelo Estado, o caminho exercido pela cidadania tem sido o de recorrer ao Poder Judiciário, o que tem ocorrido de maneira individual ou coletiva, bem como ainda em algumas oportunidades, pelo Ministério Público.¹

Para Regina Ferrari (2010, p. 299), o Poder Judiciário deve ser buscado em caso de descumprimento de direitos fundamentais – sejam individuais, sejam sociais, seja coletivos – ao passo que em sociedades democráticas [e especialmente em um Estado que se pretende Democrático e de Direito] esses direitos devem ser protegidos por um poder diverso de Legislativo e Executivo, dentro do que se denomina de controle de freios e contrapesos, para determinar a obediência às normas jusfundamentais.

Desde já, percebe-se que o controle judicial de políticas públicas apenas restará configurado quando estiver em causa um programa de ação estatal, elaborado para a consecução de uma finalidade constitucional ou infraconstitucional. Nesses casos, portanto, leva-se à

¹ O Superior Tribunal de Justiça já proferiu aresto entendendo ter o Ministério Público legitimidade para propor Ação Civil Pública de cunho individual nos casos que envolvem direito à saúde, porquanto direito individual indisponível (REsp nº 933.974/RS. Rel. Min. Teori Zavascki. Dj 19.12.2007).

apreciação jurisdicional e de controle de constitucionalidade a estrutura normativa de concretização de um direito, ou seja, as práticas adotadas pelo Poder Público. Assim, independentemente da projeção imediata na esfera jurídica do cidadão, a política pública poderá ser objeto de reclamação judicial.

Diferentemente ocorre quando determinado cidadão, ou grupo de cidadãos, pleiteia no Poder Judiciário determinada tutela relacionada ao direito à saúde. Pode mesmo haver uma política pública eficiente em curso para a satisfação daquele direito, com a definição de prioridades pertinentes, realização do adequado planejamento e constatação de resultados positivos com as medidas então desempenhadas. Mesmo assim, é possível que algum cidadão não tenha sua demanda atendida por aquela política. Com isso, eventual ação judicial deste sujeito não corresponderia a uma objeção global da política pública, mas sim ao questionamento de um de seus reflexos na esfera jurídica subjetiva do cidadão (PIVETTA, 2013).

Contudo, em ambos os casos há a dificuldade encontrada pelo Poder Judiciário em suas decisões, especialmente quando se trata de obrigação positiva para promoção de direito fundamental violado: como priorizar e escolher no que deverá ser empregado o limitado dinheiro público?

A partir dessa indagação surge o conflito entre reserva do possível e mínimo existencial.

A reserva do possível, se pode dizer desde já, representa uma condição fática para realização dos direitos sociais prestacionais. Mas não só. A reserva do possível indica que a atuação do Poder Público está condicionada à disponibilidade de recursos para persecução de seu desiderato. É um limitador à plena efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, ao passo que os recursos postos à disposição do Estado são finitos. A título de exemplo, imagine-se o direito social prestacional à educação – e de qualidade. Em uma interpretação desvencilhada da realidade, poder-se-ia deduzir que o Estado está obrigado a instalar escolas e universidades em absolutamente todos os municípios do país a qualquer custo. Todavia, sabe-se que se o Estado destinasse todos os recursos para a instalação dessas instituições de ensino outros direitos não seriam observados, tal como o da própria saúde. Por isso não é de se conceber uma imposição prestacional absoluta pelo Estado, sem qualquer limitação.

A decisão paradigmática que originou a reserva do possível, lembra Ingo Sarlet, refere-se ao julgamento do caso BverfGE n° 33, S. n° 333, em que uma ação judicial então proposta por um estudante que almejava cursar o ensino superior em instituição pública, fundamentando-se na Lei Federal alemã que garantia livre escolha de ofício, profissão ou trabalho, não obteve êxito, uma vez que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar universidades públicas (SARLET, 2006, p. 304).

Segue o autor dizendo que a partir desse leading case, a reserva do possível passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais e prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo da discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (SARLET, 2006, p. 304).

Na contramão da reserva do possível como limitadora da atividade prestacional estatal encontra-se o conceito de mínimo existencial, compreendendo um mínimo de direitos a serem atendidos prestacionalmente pelo Poder Público na manutenção da dignidade humana.

Heirich Scholler, citado por Ingo Sarlet, afirma que a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade (SARLET, 2010, p. 389).

E segue Ingo Sarlet dizendo que o conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como garantia e direito fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – em que a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável (SARLET, 2010, p. 393).

Extrai-se daí que o mínimo existencial corresponde a uma parcela mínima de direitos a serem satisfeitos para a manutenção de uma vida digna, saudável e que propicie o desenvolvimento do ser humano.

Resta então, compreendidos (embora sucintamente aqui explicitados) os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível as seguintes indagações: até que ponto as prestações materiais, como a saúde, podem ser impostas sem a preocupação com o custo que representam aos cofres públicos? Deveria o Poder Judiciário abster-se de determinar o cumprimento dos comandos constitucionais em matéria de direitos sociais fundamentais sob o argumento de estrita observância da realidade?

Considerando demandas individuais, ao que nos parece, e como fixada alhures a premissa de que num Estado Constitucional o núcleo de todo ordenamento jurídico, bem como a própria finalidade do Estado, é a promoção e respeito à dignidade humana, não seria plausível deixar de atender aos direitos fundamentais sociais em nome da reserva do possível.

Desta forma, a escassez de recursos não pode ser tida como um dogma a propiciar afronta à dignidade humana, cabendo ao Poder Judiciário ponderar e determinar a satisfação dos interesses públicos constitucionalmente protegidos.

O mínimo existencial deve ser considerado para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, sempre que o viver com dignidade esteja sob comprometimento.

Em contrapartida, se se fosse tratar de controle de política pública, tendo como objeto da tutela jurisdicional a (in)constitucionalidade do próprio programa, parece-nos que uma decisão que viesse a impor uma nova prestação, de caráter amplo e geral, deveria atender à reserva do possível e observar as limitações materiais e orçamentárias (SILVA, 2010, p. 189), pois não mais se trataria de proteção de direito subjetivo violado, mas tratar-se ia da disposição de verba pública por poder não legitimado. Evidentemente que o reconhecimento de inconstitucionalidade de um determinado programa teria resultado distinto, pois não implicaria em aumento de gastos, mas sim cessação de atividade ilícita.

4 DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO EXPERIMENTAL

Fixadas as premissas de que o atual modelo de Estado Constitucional brasileiro pretende a proteção e promoção da dignidade humana através de atuação prestacional material de direitos sociais fundamentais, bem como de que há a supremacia do interesse público sobre o privado, entendendo-se o interesse público como a somatória dos interesses dos indivíduos componentes do todo, e que eventual violação de direitos fundamentais e inobservância do interesse público justifica a atuação do Poder Judiciário para controle da atividade lesiva ou para determinação de cumprimento de obrigação, resta-nos ver como se dá a aplicação dos conceitos até aqui tratados por alguns órgãos jurisdicionais, especialmente quando se trata de prestação não prevista nos programas de saúde, no que concerne à concessão de medicação experimental.

Em primeiro lugar, e por ordem de importância hierárquica, impende-nos tratar de decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto das Suspensões de Tutela Antecipada 175 e 178, datada de 17 de março de 2010.

Neste icônico julgamento, capitaneado pelo relator e então presidente Gilmar Mendes, concluiu o plenário, por unanimidade que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS “em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente” (BRASIL, 2010).

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso (BRASIL, 2010).

Ou seja, comprovada a ineficácia ou a impropriedade de um determinado tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), poderá o indivíduo socorrer-se pela via da tutela jurisdicional.

Todavia, trouxe o julgado uma limitação fundamental, a de que situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro, classificando tratamento experimental como aquele de eficácia incerta, consubstanciando-se em pesquisa clínica, diferentemente do tratamento ainda não testado, cuja eficácia pode ser auferida.

Ou seja, o Tribunal Constitucional brasileiro admite a possibilidade de tratamento não constante dos protocolos clínicos do SUS, desde que não esteja em sede de experimentação, tendo sido utilizado com eventual sucesso alhures.

Entendimentos semelhantes proliferaram-se pelo país em casos em que se tinha no pólo passivo da demanda o Poder Público, especialmente quando se buscava a tutela estatal para a prestação de tratamento e medicação experimental pelo SUS.²

Nota-se, pois, que os tribunais não levam em conta a realidade do paciente, que muitas vezes necessita de um determinado tratamento que possa se encontrar em sede de experimentação, seja porque seu organismo não responde ao tratamento constante do protocolo clínico, seja porque sequer há protocolo de tratamento para uma eventual enfermidade de que esteja o indivíduo acometido.

Diferentemente são as decisões quando se tem no pólo passivo uma entidade privada financiadora de serviço de saúde, como planos de saúde e seguradoras. A jurisprudência é vasta no sentido de que pouco importa se o tratamento para uma doença está em fase de experimentação ou não, pois se trata de relação de consumo entre o enfermo e a pessoa privada

² A esse respeito ver os seguintes julgados que, embora pouco difiram da fundamentação aqui tratada, chegam ao mesmo resultado: AGV 403753601 TJPR, de 31 de agosto de 2007, EINF 15562 PR TRF4, de 14 de janeiro de 2010, AI 100240949974750011 TJMG, de 02 de julho de 2009, AG 27628 PR TRF4, de 04 de novembro de 2009.

demandada, sendo dever da demandada prestar todo e qualquer tratamento possível para a cura da doença.³

Em nenhum dos casos questionou-se quais os riscos da implementação ou não do tratamento experimental.

Na contramão do entendimento adrede mencionado do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no caso paradigmático de Kauã G. C. P. contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Laboratório Biomarin/Genzyme do Brasil Ltda., ao julgar um recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado e Laboratório em face de Kauã G. C. P., pelo reconhecimento da solidariedade de ambos ao fornecimento do medicamento Aldurazyme, diante do falecimento do Apelado, traduziu-se na condenação do montante de R\$ 72.000,00 devidos pelos Apelantes à família do Apelado.⁴

Em caso idêntico⁵, o Estado do Rio Grande do Sul foi condenado, solidariamente ao mesmo laboratório do caso anterior, a prestar o medicamento e garantir a continuidade do tratamento experimental, ao passo que o autor era portador de doença rara e que estava tendo resultados satisfatórios com o tratamento, abruptamente interrompido.

Prestigiou-se, aí, o direito fundamental à vida e dignidade humana, prevalecendo a observância do mínimo existencial em detrimento da limitação orçamentária do Estado do Rio Grande do Sul.

Contudo, o que se vê, tanto nas decisões isentando o Poder Público de prestar medicação e tratamento experimentais, quanto nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é a tentativa de administração de riscos. Explica-se: o Supremo Tribunal preocupou-se com o risco de um colapso sistêmico da saúde permitindo e orientando a desobrigação do Estado em prestar todo e qualquer tipo de tratamento e medicação, excluindo expressamente tratamentos de caráter experimental das obrigações prestacionais do Estado.

Em contrapartida, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul impôs a continuidade do tratamento experimental, reconhecendo a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul na

³ A jurisprudência é vastíssima nesse sentido, mas a título de exemplificação confira-se a APL 179106120118260032 TJSP, em que se decidiu que qualquer técnica que surja durante a vigência do contrato deve ser utilizada.

⁴ O processo foi autuado como Apelação Cível n. 70031235633, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acerca deste caso, confira-se: FURTADO, Carolina de Figueiredo. Proteção da pessoa no fornecimento de medicamentos após a conclusão de pesquisas experimentais: um estudo de caso. Disponível em <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/914/525>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

⁵ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70048875231. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: (s. e.), 2012.

promoção e proteção da saúde dos indivíduos, com o escopo de impedir o risco de evolução da doença até o eventual óbito dos pacientes.

Parece ser a mesma administração de riscos que os órgãos jurisdicionais fazem ao condenar as financiadoras de serviços de saúde a custear todo e qualquer tratamento, mesmo que experimental, na vigência do contrato, a fim de resguardar a vida do consumidor.

Enquanto nitidamente se trata de administração de riscos, quando da implementação de tratamentos experimentais (seja pelos incertos riscos criados a longo prazo e alto custo do tratamento, seja pela incerteza quanto a eventual eficácia do tratamento), parece imperioso tratar-se do princípio da precaução como referencial para uma unicidade de entendimentos.

5 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA GESTÃO DE RISCOS PELA (NÃO) IMPLEMENTAÇÃO DE TRATAMENTO COM MEDICAÇÃO EXPERIMENTAL

Na doutrina brasileira há pouca discussão sobre as implicações do princípio da precaução. Além disso, precaução e prevenção são frequentemente vistas como sinônimos ou como princípios cuja distinção não teria maior importância.

O princípio da prevenção tem como fundamento constitucional o disposto no artigo 198, II da Constituição Federal de 1988 na medida em que expressamente refere a prioridade para as atividades preventivas em prol da saúde da população, além do art. 196 ter feito referência ao direito à saúde que é direito de todos, dever do Estado, e que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que promovam e protejam a saúde.

Há autores que não fazem distinção entre os dois princípios, é o que bem se percebe no Direito Ambiental em que há sólidos fundamentos doutrinários nas duas posições. Em verdade, o princípio da prevenção é tido como a regra de ouro do Direito Ambiental, e implica, em tese, na proibição de contaminar ou, quando isso for evitável, na redução de efeitos sobre o meio ambiente. Portanto, os controles administrativos prévios das atividades que podem ameaçar o meio ambiente e, em menor medida, a previsão das consequências jurídicas caso se superem os níveis de contaminação admitidos constituem a uma forma de aplicação desse princípio. Outra imposição do princípio da prevenção é o uso da melhor tecnologia disponível (LUCHESE, 2011, p. 53).

A ideia força do núcleo do princípio da prevenção é o agir antecipado. O escopo deste princípio é a ação antecipada e para tal é necessário ter conhecimentos e certezas científicas dos efeitos dos atos, processos ou produtos. Em prevenção sanitária, o risco é o da produção de efeitos sabidamente ruins para a saúde.

As campanhas contra o tabagismo constituem um exemplo muito simples de prevenção. Não há dúvida científica acerca da nocividade do tabaco. O hábito do fumo pode causar câncer. Previne-se com campanhas esclarecendo a população.

A prevenção, em casos de emergência sanitária é a vacinação dos rebanhos e a proibição de transporte de animais das regiões com focos da doença. A destruição de cultivares atacados por moléstias que danificam as colheitas é outra prática de prevenção.

Para falarmos em prevenção precisamos de um elevado grau de verossimilhança do potencial lesivo. Preventivamente se exigem as cautelas que a técnica e a ciência recomendam, o perigo, o risco que se quer evitar na prevenção é, pois, concreto e na maior parte dos casos há elementos técnicos que fundamentam concretamente as medidas.

De maneira geral, o Princípio da Precaução⁶ ultrapassa o da prevenção impondo às autoridades a obrigação de agir em face de uma ameaça de danos irreversíveis à saúde, mesmo que os conhecimentos científicos disponíveis não confirmem o risco. A precaução atua na incerteza científica e não existe por ela mesmo, se constrói a cada contexto (LUCHESE, 2011, p. 54).

Para Cristiane Derani (2008, p. 151), o princípio da precaução se resume na busca do afastamento, no tempo e no espaço, do perigo; na busca pela proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades. Sua atuação se faz sentir, mais apropriadamente, na formação de políticas públicas ambientais, nas quais a exigência de utilização da melhor tecnologia disponível é necessariamente um corolário.

O princípio da precaução não advoga “risco zero”, mas exige que se dê importância à saúde pública.

Veja-se que o princípio da precaução assume um caráter positivo, impondo ao Poder Público um agir para a minimização de riscos ainda não pensados, e especialmente pela adoção da melhor técnica científica para esse desiderato.

Aparentemente, aplicando-se o princípio da precaução no que tange aos tratamentos com medicamentos experimentais, podemos tirar duas conclusões possíveis e relevantes. A primeira, de que se o princípio da precaução tem um caráter positivo, impondo a diminuição de riscos imediatos e futuros, mormente com a utilização da melhor tecnologia e técnica disponíveis, sua aplicação na hipótese leva a crer que o Poder Público está obrigado a prestar tratamentos com medicação experimental, desde que não haja tratamento específico para aquela condição, ou quando o tratamento usual se mostrar ineficaz no caso em concreto.

⁶ Foi utilizado pela primeira vez no direito Ambiental Alemão. Vorsorgeprinzip, nos anos 70. Consta da Convenção da Diversidade Biológica, Dec-Leg. N.º.2/94, da Convenção sobre mudança do clima, Dec-Leg.1/94.

A segunda, de que se a motivação para não inclusão de tratamentos experimentais for a de riscos produzidos pelo próprio medicamento, nada justifica a condenação das financiadoras de saúde à prestação de tratamentos experimentais, ao passo que se estaria expondo o consumidor a riscos novos e sequer previsíveis.

Parece mais crível que, a partir do princípio da precaução, e entendendo este como um comando positivo, de um fazer estatal para supressão de riscos, no caso à saúde, sendo relevante para o paciente, e observando o caso em concreto, seja o Poder Público compelido a prestar tratamento com medicação experimental.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas considerações até aqui expostas, podemos concluir que nenhum interesse pode ser considerado público se levar ao sacrifício dos valores e dos direitos fundamentais. Isso porque num Estado Constitucional o valor central é o da dignidade da pessoa humana. A preponderância do interesse público exige que todos os esforços sejam empregados, com a maior eficiência possível, para a satisfação dos direitos do indivíduo.

A Administração só se legitima como instrumento de realização dos interesses públicos, e estes só se conceituam à luz da dignidade da pessoa humana, vale dizer, o Estado pode não ser o único titular do interesse público, já que é possível pensar em interesses públicos não estatais, mas existe um indissociável vínculo entre o estado e a satisfação do interesse público e entre este e o respeito pela dignidade humana.

Quando tratamos de direitos fundamentais, especialmente daqueles que compõem o mínimo existencial, em especial o direito à saúde enquanto corolário do próprio direito à vida, não se justifica qualquer objeção com fundamento orçamentário à satisfação do direito lesado, devendo o Estado adotar políticas públicas eficientes e, quando não eficiente para determinado indivíduo, haverá tutela jurisdicional que lhe socorra.

Portanto, enquanto houver indivíduos cuja dignidade não puder ser protegida por seus próprios esforços, haverá a supremacia do interesse público, cuja realização compete ao Estado.

No caso de fornecimento de tratamento com medicação experimental, à luz do princípio da precaução, é obrigação do Estado de realizar o direito à saúde do indivíduo ainda que por esse meio, mesmo que isso implique em alto custo, uma vez que quando se trata de direito fundamental não pode o Poder Público se valer de argumentos puramente orçamentários para seu descumprimento.

Por fim, o princípio da precaução orienta o uso da melhor técnica e tecnologia para satisfação dos interesses fundamentais com vistas à redução de riscos imediatos e futuros, o que impõe a atuação do Estado por qualquer meio para redução dos riscos decorrentes de uma enfermidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0132009.pdf>>. Acesso em 29 mai. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. **Revista da academia brasileira de direito constitucional**. Curitiba, v. 3, p. 174, 2003.

BRASIL. **Suspensão de tutela antecipada 175**. Supremo Tribunal Federal. Brasília: (s. e.), 2010.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em direito. in **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas públicas. In: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. **Direito Administrativo e Constitucional**. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.) São Paulo: Malheiros, 1997.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 70048875231**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: (s. e.), 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord). **Direito administrativo e interesse público** – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUCHESE, Celso Umberto. **Considerações sobre o princípio da precaução**. São Paulo: SRS Editora, 2011.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico constitucional, políticas públicas e controle judicial**. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/30251/R%20-%20D%20-%20SAULO%20LINDORFER%20PIVETTA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.