

## EDITORIAL

---

*Caros leitores:*

Em 1994, um grupo de juristas interessados em discutir temas que marcaram a atualidade jurídica e a sociedade francesa, realizou o primeiro *Encontro de Saintes*. Esse encontro de cerca de 30 especialistas de prestígio foi-se institucionalizando com o tempo e a partir de 1999 passou a ter o registro de seus debates regularmente publicado. Em 2008, seu tema foi *A saúde, doente de justiça?*<sup>(1)</sup> Apenas isto já serve como prova de que a saúde passou a ser um tema de interesse dos juristas em todo o mundo. O termo *judicialização da saúde* foi definitivamente incorporado à linguagem do direito.

E lá como cá existe grande dificuldade para enquadrar o problema. Há quem acredite ser necessário que o magistrado compreenda a medicina e seus problemas, que é grave o fato de os juristas não terem formação em direito sanitário, especialmente os juízes<sup>(2)</sup>, e outros que pensam valer mais cada um em seu campo, que são necessários especialistas de qualidade e que é difícil passar os conhecimentos entre esses campos<sup>(3)</sup>. Talvez os dois lados — ou nenhum deles — esteja com a razão, uma vez que ambos não estão considerando o ambiente da “sociedade da informação”, que corresponde exatamente à “sociedade securitária”, que tudo sabe e que busca o “risco zero”.

Com efeito, no século vinte e um é impossível encontrar um direito — qualquer um — que não esteja sob a carga metodológica da vaguides, da indeterminação. Essa censura que tem sido feita aos direitos econômicos, sociais e culturais seria válida contudo para todos os demais direitos. Tome-se, por exemplo, o mais tradicional direito civil — o direito à propriedade privada: nos sistemas constitucionais contemporâneos ele supõe que toda propriedade cumpra sua função social. Ora, apenas o exame de cada situação concreta poderá determinar se esse requisito está sendo preenchido. Assim, também se poderia afirmar que a dogmática e a teoria dos direitos civis e políticos operam uma ‘metodologia *fuzzy*’ e que os juristas não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos civis e políticos. Não creio, entretanto, que essa crítica seja válida para qualquer dos direitos humanos, sejam eles econômicos, sociais e culturais ou

---

(1) LES entretiens de Saintes. *La santé, malade de la justice?* Bruxelles, Larcier, 2008.

(2) LES ..., ob. cit., p. 72.

(3) Idem, *Ibid.*, p. 74.

civis e políticos. O fato é que nas sociedades complexas os contornos de todo e qualquer direito apenas se definem em cada realidade. É claro que sempre a partir do marco constitucional e legal, mas também da implementação da política pública em conformidade com a vontade popular. Esse é o sentido do Estado Democrático de Direito.

A realização do direito à saúde — ao mesmo tempo um direito individual, coletivo e difuso — na sociedade complexa do início do século vinte e um sempre exigirá, portanto, a apreciação de situações fáticas. Além disso, a saúde como qualquer outro direito nas sociedades democráticas é progressivamente mais exigida, pois — como afirmou *Norberto Bobbio* — vivemos a “era dos direitos”. Impõe-se a judicialização da saúde e seu corolário, a compreensão, em cada caso, do alcance e dos limites do direito à saúde. É preciso, então, que os juízes e demais profissionais do campo jurídico conheçam bem o direito do século vinte e um, que não se contenta com a simples existência de textos legais regulando a matéria, mas exige a verificação do efetivo controle popular na implementação da política pública. É preciso, também, que os profissionais da área da saúde conheçam muito bem sua especialidade, tendo clareza de que ela serve à garantia de um direito.

A razão destes primeiros parágrafos se vincula especialmente a uma das decisões publicadas na seção *Ementário e Jurisprudência* deste número da *Revista de Direito Sanitário*. Trata-se da decisão proferida em 1º de dezembro de 2008 pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes (Processo n. STA 277/AL), indeferindo o pedido de suspensão de tutela antecipada, ajuizado pelo Estado de Alagoas, contra decisão do Juízo de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió, que deferiu a antecipação de tutela, para determinar ao Estado de Alagoas o fornecimento de determinado medicamento. Essa decisão é — sem dúvida — um belo exemplo da competência que se exige do profissional do direito no século vinte e um. De fato, examinando o pedido, Gilmar Mendes foi em busca dos ‘dados fáticos’ — da situação real — que embasaram a decisão de conceder o medicamento, considerando, inclusive, a existência legal do Sistema Único de Saúde. Assim, ele verificou a Constituição; a Lei Orgânica da Saúde (Leis federais n. 8.080/90 e 8.142/90); a Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998 (dispõe sobre a Política Nacional de Medicamentos, estabelecendo diretrizes para a instituição de relação de medicamentos essenciais — RENAME, a regulamentação sanitária de medicamentos, a reorientação da assistência farmacêutica, a promoção da pesquisa e da produção de medicamentos, entre outras); a Resolução n. 338/2004 do Conselho Nacional de Saúde, sobre a assistência farmacêutica; a Portaria n. 152/GM-2006, que regula o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional (iniciado em 1982); e a Portaria n. 1.869/GM, de 4 de setembro de 2008 (que substituiu a Portaria n. 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006), que estabelece os procedimentos e os valores abrangidos pela política de medicamentos de dispensação excepcional do SUS e que define como critérios para o fornecimento a

existência de registro do medicamento, a indicação terapêutica requerida e a definição de preço junto ao órgão regulador. Ele tomou ciência, então, de que da página da ANVISA, da rede mundial de computadores, consta o registro do medicamento solicitado para duas empresas, ambos dentro de seu período de validade, de acordo com a Lei federal n. 6.360/76 (dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos); e de que do Comunicado n. 7, de 11 de junho de 2007, da Secretaria Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (determina a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços — CAP, de que trata a Resolução CMED N. 4, de 18 de dezembro de 2006, ao rol de produtos constantes de seu anexo) consta que o medicamento pretendido pela autora deve ser vendido à Administração Pública com 24,69% de desconto.

Com base em todos esses dados fáticos e legais que traduzem uma política pública Gilmar Mendes considerou ainda, apoiando-se em *Christian Courtis* e *Victor Abramovich*, que o Poder Judiciário tem a tarefa de confrontar as políticas públicas com os padrões jurídicos aplicáveis ao caso concreto e, na hipótese de encontrar divergências, reenviar a questão aos poderes pertinentes para que ajustem sua atuação (ABRAMOVICH, V. & COURTS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2004, p. 251) e pôde então concluir não ter encontrado na decisão impugnada risco de grave lesão à ordem pública.

Note-se que essa decisão julgada exemplar em relação à judicialização da saúde carece, ainda, de um adequado tratamento da repartição constitucional de competências em matéria de saúde, o que levou o Ministro Presidente a optar pelo caminho mais fácil — por ele próprio reconhecido — de simplesmente reafirmar a competência comum expressa no artigo 23, II da Constituição da República. Falta-lhe, também, a discussão sobre a possível lesão à economia pública, pois o Estado de Alagoas limitou-se a alegá-la, não tendo levado aos autos qualquer comprovação da ocorrência de dano aos cofres estaduais, o que seria absolutamente necessário para que se pudesse avaliar a situação concreta, requisito da existência mesma do direito no século vinte e um. E isso nos leva a outra faceta do problema: é preciso, também, que os profissionais da área da saúde — inclusive os administradores ou gestores públicos — conheçam muito bem sua especialidade, tendo clareza de que ela serve à garantia de um direito e se preocupem, portanto, em fornecer todas as informações que foram relevantes para determinar sua escolha técnica.

Enfim, é muito bem-vinda a judicialização da saúde e estamos felizes que a nossa *Revista de Direito Sanitário* permita a sua discussão competente, incluindo também neste número o artigo de *Danielle da Costa Leite Borges* e *Maria Alicia Dominguez Ugá* sobre as ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS, examinando as características

dos conflitos e propondo limites para a atuação judicial. Ilustrando a grande abrangência do campo do Direito Sanitário os artigos originais tratam igualmente da responsabilidade municipal pela prestação do serviço de oxigenoterapia domiciliar e da tutela jurídica frente aos riscos ambientais e à saúde pública, examinando os avanços e as limitações da responsabilidade civil no direito brasileiro.

Caros leitores, estamos orgulhosos por virmos proporcionando a discussão competente dos temas do Direito Sanitário, que se consolida com o tema em debate trazendo a polêmica proposta das fundações estatais. O professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dr. *Dalmo de Abreu Dallari*, conduziu com brilhantismo a discussão dos vários aspectos do Projeto de Lei n. 92/2007, envolvendo os pesquisadores *Marlon Weichert*, Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília e Procurador Regional da República; *Lucieni Pereira*, Especialista em Controle Externo pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e Analista de Controle Externo, do Tribunal de Contas da União; e *Juliana Palma*, pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas, de São Paulo e Mestranda em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Quero chamar-lhes a atenção igualmente para os excelentes comentários forenses, que incluem também a participação de nosso colega argentino Dr. *Ricardo Rabinovich* comentando o voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação direta de inconstitucionalidade sobre as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias e uma análise das decisões francesas sobre o hormônio da crescimento contaminado e que foi comercializado entre 1983 e 1985, comprovando a manutenção do caráter internacional da *Revista de Direito Sanitário*.

Seguindo no aprofundamento do tema judicialização da saúde, deve-se apreciar a resenha do artigo “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, de autoria de *Ingo Wolfgang Sarlet* e *Mariana Filchtiner Figueiredo*, capítulo da obra *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*, organizada por *Ingo Wolfgang Sarlet* e *Luciano Benetti Timm* (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008), muito bem realizada por nosso colaborador *Daniel Wei Liang Wang*, mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pesquisador do Programa de Especialização e Educação Continuada em Direito GVLaw da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. E para seguir também na demonstração da amplitude do campo, serve de excelente ilustração a resenha da segunda edição revista e ampliada da consagrada obra de Lawrence O. Gostin, *Public Health Law: power, duty, restraint* (University of California Press/Milbank Books on Health and the Public, 2008), igualmente bem realizada por *Breno Rego Pinto*

*Rodrigues da Costa*, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Em suma, estamos seguros de que este número mantém o elevado padrão editorial que tem caracterizado a *Revista de Direito Sanitário*, cujo reconhecimento possibilitou sua inclusão no Programa de Apoio às Publicações Científicas Periódicas da Universidade de São Paulo. E temos certeza de que tal sucesso depende absolutamente da colaboração de nossos leitores. Contamos, portanto, com a efetiva participação de todos para que nossa *Revista* siga cumprindo, com qualidade, sua missão de divulgar informações e provocar reflexões em busca de soluções mais justas para fazer da saúde um direito de todos.

*Sueli Gandolfi Dallari*, editora