



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

LUCIANA DA COSTA FERRAZ ONO

POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE REPRODUTIVA:
critérios decisórios em litígios envolvendo fornecimento de medicação pelo Estado
de São Paulo aos hipossuficientes em tratamentos de infertilidade.

BRASÍLIA
2012

LUCIANA DA COSTA FERRAZ ONO

POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE REPRODUTIVA:

critérios decisórios em litígios envolvendo fornecimento de medicação pelo Estado de São Paulo aos hipossuficientes em tratamentos de infertilidade.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Luciana Barbosa Musse

**BRASÍLIA
2012**

Dedico com carinho este trabalho ao Mário Drumond Coelho, ao Dr. Inocêncio Mártires Coelho e à Azize Drumond, por terem me inspirado, incentivado e apoiado a iniciar uma nova vida acadêmica.

Dedico, ainda, ao Alexandre Fernandes Ono, pelo amor e aos meus pais, pela vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em especial, à Thalita Moraes Lima por ter-me disponibilizado, gentilmente, sua dissertação de mestrado “O Discurso Judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse” (2011), que foi para mim de enorme valia, à Pró-Reitora Acadêmica, Dra. Elizabeth Manzur por ter me concedido, generosamente, uma bolsa de estudos no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e, à Professora Dra. Luciana Barbosa Musse que honrou-me com sua orientação criativa e atenta a todos os detalhes.

“Toda vida desperdiçada, todo fracasso existencial é uma perda para a humanidade como um todo. O Estado, o Direito e a sociedade devem contribuir, na maior extensão possível, para que cada indivíduo desenvolva suas potencialidades e realize seu próprio projeto de vida.”

(Ronald Dworkin)

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo sobre critérios decisórios em litígios envolvendo fornecimento de medicação pelo Estado de São Paulo aos hipossuficientes em tratamentos de infertilidade. Os objetivos deste trabalho são verificar se o Estado de São Paulo tem concedido medicações para as mulheres em tratamento de infertilidade e que critérios decisórios são utilizados para que sejam fornecidos ou negados, além de verificar qual o posicionamento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP a esse respeito. Foram realizadas pesquisas bibliográficas, pesquisas à legislação e, posteriormente, analisadas seis apelações prolatadas no período de janeiro de 2011 a fevereiro de 2012, cujos apelantes eram paciente em tratamento de infertilidade e apelados entes federativos. Em relação às decisões escolhidas, verificaram-se com quais elementos narrativos os decisores construíram seus argumentos; como foram utilizados conceitos, princípios e valores nas narrativas decisórias e qual o tipo de fundamentação predominante (argumentos dogmáticos ou consequencialistas) foi aplicado para, então, proceder-se à reflexão crítica sobre a prática dos decisores. Após exame das decisões do TJSP acerca da concessão pelo Estado de São Paulo de medicamentos para o tratamento de infertilidade, verificou-se que não há um posicionamento majoritário. Constataram-se tanto decisões favoráveis à concessão de medicamentos, quanto decisões contrárias à concessão, não havendo preponderância nítida entre qualquer dos posicionamentos. Notou-se, ademais, utilização predominante de argumentação moral e sentido de justiça pessoal na construção das sentenças, somadas ao embasamento legal e principiológico.

Palavras-chave: Políticas de Saúde Reprodutiva. Reprodução Assistida. Dignidade da Pessoa Humana. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

LISTA DE TABELAS

Tabela I: Informações Gerais	35
Tabela II: Primeira Categoria dos Recursos Providos	38
Tabela III: Segunda Categoria dos Recursos Providos	39
Tabela IV: Terceira Categoria dos Recursos Providos.....	40
Tabela V: Quarta Categoria dos Recursos Providos.....	41
Tabela VI: Quinta Categoria dos Recursos Providos	42
Tabela VII: Primeira Categoria dos Recursos Improvidos.....	43
Tabela VIII: Segunda Categoria dos Recursos Improvidos.....	44
Tabela IX: Terceira Categoria dos Recursos Improvidos	45
Tabela X: Quarta Categoria dos Recursos Improvidos	46

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO À FAMÍLIA, DIREITO REPRODUTIVO E PLANEJAMENTO FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA	11
2 DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS DE SAÚDE REPRODUTIVA	17
2.1 Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.....	20
2.2 Saúde Reprodutiva e Reprodução Assistida: Ações governamentais no âmbito do SUS no Estado de São Paulo	23
3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE REPRODUTIVA	27
3.1 A reserva do possível e o princípio da proporcionalidade: direito à concepção versus possibilidade financeira do SUS	30
3.2 Decisões do TJSP sobre fornecimento de medicação pelo Estado de São Paulo aos hipossuficientes submetidos ao tratamento de infertilidade.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	54
APÊNDICE A - EMENTAS DAS DECISÕES ANALISADAS.....	60

INTRODUÇÃO

Primeiramente cabe apresentar o percurso metodológico desta pesquisa. Inicialmente, escolheu-se um tema genérico para o desenvolvimento deste trabalho: direito à saúde. A escolha do macro tema se deu pelo grande interesse da autora pela área da saúde. Afora o interesse particular, tendo em vista a relevância no plano jurídico e social dos estudos nesta temática que trata, em última instância, da própria vida, manteve-se a escolha.

A partir da eleição do macro tema cogitou-se realizar estudos sob diversas perspectivas até que se decidiu pelo estreitamento para o estudo sobre critérios decisórios em litígios envolvendo fornecimento de medicação pelo Estado de São Paulo aos hipossuficientes em tratamentos de infertilidade.

O presente trabalho inicia-se no primeiro capítulo pelo estudo do direito à família, do direito reprodutivo e do planejamento familiar, sob o cunho da dignidade da pessoa humana. No segundo capítulo, passa-se ao exame das políticas de saúde, políticas de saúde reprodutiva (Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida) e ações governamentais no âmbito do SUS no Estado de São Paulo.

No terceiro e último capítulo, estudam-se os princípios da reserva do possível e da proporcionalidade aplicados ao direito à concepção, considerando-se a possibilidade financeira do SUS e examinam-se decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP acerca da concessão pelo Estado de São Paulo de medicamentos para o tratamento de infertilidade.

O TJSP foi escolhido por terem sido prolatadas nesse Egrégio Tribunal um número considerável¹ de sentenças envolvendo fornecimento de medicação aos

¹ Em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo-TJSP, constatou-se que no período de 2007 a 2012 foram prolatadas, aproximadamente, 48 sentenças sobre fornecimento de medicação para tratamento de infertilidade. Não foi possível precisar o número de sentenças, pois além de existirem processos em segredo de justiça que, portanto, não ficam disponíveis no referido site, não há como afirmar que a busca no site, a partir das palavras-chave “fertilização *in vitro*”; “infertilidade”; “planejamento familiar”; “reprodução assistida”, “reprodução medicamente assistida” e “saúde reprodutiva” retornou 100% das sentenças que não correm em segredo nesse Tribunal.

hipossuficientes em tratamento de infertilidade nos últimos anos. Supõe-se que haja grande procura do amparo estatal naquele Estado para solução de litígios envolvendo o tema em questão, por se localizarem em São Paulo três das cinco instituições públicas, vinculadas ao SUS, que oferecem tratamento de infertilidade no Brasil.

Fundamentalmente quatro questionamentos servem de base para o desenvolvimento deste trabalho, quais sejam: (1) Há uma política pública que ampare e garanta de forma eficiente o exercício do direito fundamental à saúde no Brasil? (2) Existe de fato no Brasil uma “Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida”? (3) Está havendo judicialização do direito à reprodução assistida? (4) Há casos paradigmáticos ou uniformidade nas decisões dos litígios relativos ao fornecimento de medicação pelo Estado de São Paulo aos hipossuficientes em tratamento de infertilidade?.

Escolhidos os planos de fundo deste trabalho e o âmbito do TJSP para as análises das decisões litigiosas envolvendo o tema em comento, foram realizadas pesquisas bibliográficas, pesquisas à legislação, além de pesquisas por meio do site do Tribunal (<http://www.tj.sp.gov.br/>), utilizando-se as palavras-chaves: “fertilização *in vitro*”; “infertilidade”; “planejamento familiar”; “reprodução assistida”, “reprodução medicamente assistida” e “saúde reprodutiva”.

A partir das decisões encontradas no TJSP, envolvendo fornecimento de medicação pelo Estado de São Paulo para tratamento de infertilidade, procedeu-se recorte, restando seis decisões para serem analisadas. Estas seis decisões foram selecionadas levando-se em consideração tipo de recurso; data; autor; réu e sentença, de modo a chegar em dados apreciáveis. Desta forma, foram selecionadas Apelações (excluíram-se Embargos Infringentes e Agravos de Instrumento); decisões prolatadas no período de janeiro de 2011 a fevereiro de 2012; apelante o paciente; apelado o ente federativo e sentença de provimento ou improvimento total (excluiu-se provimento parcial).

Os objetivos da pesquisa são verificar se o Estado de São Paulo tem concedido medicações para as mulheres em tratamento de infertilidade e que

critérios decisórios são utilizados para que sejam fornecidos ou negados, além de verificar qual o posicionamento majoritário do TJSP a esse respeito.

Para tanto, verificaram-se com quais elementos narrativos os decisores construíram seus argumentos; como foram utilizados conceitos, princípios e valores nas narrativas decisórias e qual o tipo de fundamentação predominante (argumentos dogmáticos ou consequencialistas) foi aplicado. Por fim, realizou-se reflexão crítica sobre a prática dos decisores.

1 DIREITO À FAMÍLIA, DIREITO REPRODUTIVO E PLANEJAMENTO FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA

A família representa o núcleo fundamental, a base mais sólida sobre a qual repousa a organização social, razão pela qual o Estado assegura-lhe especial proteção². Dentre todas as instituições, a da família apresenta importância ímpar (MONTEIRO, 2009. p 1; GARCIA, 2003. p. 85).

A Família é um lugar privilegiado para realização da pessoa. É na família que se inicia e se desenvolve todo o processo de formação da personalidade do sujeito, que se criam vínculos, referências, noção de pertencimento, noções de solidariedade e compartilhamento que estimulam o crescimento do indivíduo.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário, considera a família o elemento natural e fundamental da sociedade, reconhecendo que se deve conceder à família a mais ampla proteção e assistência possível, especialmente para a sua constituição.

Se o Estado brasileiro considera a família a base da sociedade, por toda importância que ela tem, e assegura-lhe especial proteção, pressupõe-se que assegure o direito de formar uma família. Desse pressuposto decorre a conclusão que o Estado deva assegurar o direito de ter (ou não) um filho.

Nesse contexto, o planejamento familiar, considerado o conjunto de ações de regulação da fecundidade para garantir direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, é direito de todo cidadão. A Constituição Federal de 1988 no §7º do artigo 226, o Código Civil Brasileiro de 2002 no §2º do artigo 1.565 e a Lei 9.263/96 em seu artigo 2º asseguram esse direito³. Ressalta-se que a Lei n. 9.263/96 consolidou a missão

² Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.

³ Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas.

constitucional de pleno acesso ao planejamento familiar ao regulamentar o atendimento a esse direito.

Os direitos reprodutivos, por sua vez, também são assegurados pela legislação pátria, que permite a utilização de todos os meios que a ciência possa oferecer para a concretização da maternidade. Nas palavras de Brauner (2003), a formulação do conceito de direito reprodutivo representa um avanço teórico e político e o alcance das reivindicações tem sido importante especialmente junto às políticas públicas de saúde (tratadas mais adiante).

Piovesan (2006) destaca quatro princípios vetores dos direitos reprodutivos sob a perspectiva dos direitos humanos contemporâneos, quais sejam, o princípio da universalidade; o princípio da indivisibilidade; o princípio da diversidade e o princípio democrático.

A universalidade refere-se à condição de pessoa como requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. A Indivisibilidade reporta-se à garantia dos direitos civis e políticos como condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Nesse sentido, quando um deles é violado, os demais também o são. A diversidade abrange o reconhecimento das diferenças, sem que se produza, alimente ou reproduza desigualdades. Por último, o princípio democrático trata da necessidade de que a elaboração de políticas públicas e a implementação de programas sociais assegurem a ativa participação dos beneficiários na identificação de prioridades, na tomada de decisões, no planejamento, na adoção e na avaliação de estratégias para o alcance dos direitos reprodutivos.

Corrêa, Jannuzzi e Alves (2003, p.10) ressaltam que o conceito de direitos reprodutivos foi desenvolvido em resposta tanto às questões demográficas, quanto às questões de saúde. No primeiro caso, os direitos reprodutivos se

Art 1.565 §2º. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Art. 2º. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

insurgem à imposição de metas populacionais, conceptivas e contraceptivas e, no segundo caso, avançou-se em relação ao conceito de saúde integral da mulher.

Por seu turno, Ávila (2003, p.466) leciona que os direitos reprodutivos relacionam-se à igualdade e à liberdade na esfera da vida reprodutiva, que significa tratar a reprodução como dimensão da cidadania e conseqüentemente da vida democrática. Ela ressalta que a demanda por políticas sociais na área da saúde está baseada em uma visão de direitos reprodutivos como parte dos direitos sociais, como defesa de um Estado promotor de bem-estar e de transformação social.

Vale ressaltar também o que expõe Ana Maria Lopes (2010) acerca do reconhecimento dos direitos reprodutivos como fundamentais. Lopes (2010, p.50) menciona que o cumprimento dos direitos fundamentais é rigoroso por serem normas positivas do mais alto nível hierárquico, com função de preservar a dignidade de todo ser humano, sendo de aplicação imediata.

Nas palavras de Mendes, Coelho e Branco (2008, p.251), as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm caráter preceptivo e não meramente programático⁴. Os direitos fundamentais não são normas matrizes de outras normas, mas são principalmente normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Assim sendo, os juizes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação.

A defesa dos direitos fundamentais é da essência da função do poder judiciário. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.250).

Dessa forma, é importante que se reconheçam os direitos reprodutivos enquanto direitos fundamentais para garantir-lhes uma proteção muito mais rigorosa com relação ao seu cumprimento, estabelecendo-lhes imediatidade.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Na mesma direção, Barroso (2008, p.20) arremata que sempre que a Constituição define um direito como fundamental, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial.

Nesse diapasão, Lopes (2010, p.47) defende que embora os direitos reprodutivos não estejam expressamente previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, há possibilidade de considerá-los direitos fundamentais por força do § 2º, do artigo 5º da Constituição, que dispõe que as fontes dos direitos e garantias fundamentais podem ter assento em outras partes do texto formal da Constituição, além deste Título, podendo derivar de regime e princípios por ela adotados, bem como de textos legais internacionais.

Nessa mesma linha, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 270) explicam que o mencionado parágrafo permite afirmar que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no referido Título II.

A citada Ana Maria Lopes (2010, p. 48) ressalta ainda que é possível vislumbrar vários dispositivos constitucionais dos quais se poderia derivar o direito fundamental reprodutivo: a promoção do bem estar de todos, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º), a garantia do direito à vida (artigo 5º, caput), o pressuposto de que a maternidade é um direito social (artigo 6º, caput) e de que a saúde é um direito de todos e um dever do estado (artigo 196), além da já referida proteção Estatal especial dada a família (artigo 226).

Todos os citados dispositivos vinculam-se ao direito reprodutivo e corroboram a idéia de que este se trata de um direito fundamental por corresponder substancialmente a própria definição de direito fundamental, qual seja, princípio jurídico positivo que reflete os valores mais essenciais de uma sociedade, visando proteger diretamente a dignidade humana (LOPES, 2010, p. 49). E, ainda, José Afonso da Silva (1993, p.163) designa direito fundamental como prerrogativa ou instituição que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.

Destaca-se que, para Mendes, Coelho e Branco (2008, p.150), o princípio da dignidade humana é considerado de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos da Carta Política de 1988⁵. Eles mencionam que o esforço para concretização desse princípio é significativo, apesar das dificuldades materiais e socioculturais para tornar efetivo o respeito à dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Luís Barroso e Ana Paula Barcellos (2003, p.19) dispõem que o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas apenas por sua existência no mundo. Outrossim, a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

Os referidos juristas salientam ainda que tem sido envidado grande esforço para permitir que esse princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

Sarlet (2004), por sua vez, preleciona que embora tenha contorno vago e impreciso, a dignidade da pessoa pode ser entendida de forma ampla como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana⁶.

Nesse íterim, a dignidade seria, para Sarlet (2004), a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e desumano e que lhe garanta as condições existenciais mínimas para uma vida saudável⁷. Assim, no âmbito de uma perspectiva intersubjetiva, o princípio da dignidade humana implica obrigação geral de respeito pela pessoa.

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁶ Ingo W. Sarlet (2004, p. 40) expõe que não restam dúvidas que a dignidade é algo real e que não temos dificuldade em identificar situações em que ela é “espizinhada” e agredida, ainda que seja impossível estabelecer um rol exaustivo de violações da dignidade.

⁷ Sarlet (2004) refere que utiliza os parâmetros da Organização Mundial de saúde para delimitar o que seria vida saudável: completo bem-estar físico, mental e social.

Por seu turno, Morais e Nascimento (2007, p.259) salientam que o princípio da dignidade humana tem sido utilizado como curinga argumentativo, ou seja, tem sido tomado como suporte para qualquer coisa, sem que lhe seja atribuído um significado no/para o caso concreto, sendo simultaneamente um traço distinto da pessoa e uma tarefa de configuração vinculada ao objetivo de sua máxima medida.

Já Barroso (2008, p.19) dispendo sobre a dignidade da pessoa defende ser ela o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como núcleo essencial de tais direitos. O referido jurista evidencia, ainda, que os direitos fundamentais incluem a liberdade enquanto direito de cada um eleger seus próprios projetos existenciais.

Nesse contexto, resta clara a correlação do planejamento familiar e dos direitos reprodutivos com o princípio da dignidade da pessoa humana, visto tratarem justamente de projetos existenciais. O referido princípio, em relação ao planejamento familiar e aos direitos reprodutivos, significa, portanto, respeito a que se queira ter um filho, respeito às limitações físicas e psíquicas para que essa realização ocorra e, em última instância, respeito aos direitos fundamentais.

Sendo assim, tanto o direito reprodutivo quanto o planejamento familiar estão marcadamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e por vezes tem tido uma materialização sofrível, ou seja, de difícil concretização.

A concretização desses direitos dar-se-á por intermédio de políticas públicas, que serão objeto de análise no próximo capítulo.

2 DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS DE SAÚDE REPRODUTIVA

O direito à saúde é um direito social assegurado na Constituição Federal de 1988 juntamente com os direitos à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados⁸.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.⁹

A Constituição do Estado de São Paulo (1989) no artigo 219, parágrafo único, dispõe que os Poderes Públicos, estadual e municipal, garantirão o direito à saúde mediante políticas sociais, econômicas e ambientais que visem o bem estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos; acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde em todos os níveis; atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.

O Código de Saúde do Estado de São Paulo (1995), por sua vez, dispõe em seu artigo 2º, § 1º, que o direito à saúde é inerente à pessoa humana, constituindo-se em direito público subjetivo e em seu artigo 3º, inciso III, define que o estado de saúde, expresso em qualidade de vida, pressupõe assistência prestada pelo Poder Público como instrumento que possibilite à pessoa o uso e gozo de seu potencial físico e mental.

A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e estabelece que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições

⁸ Art. 6º da CF/88

⁹ Arts. 196 e 197 da CF/88

indispensáveis ao seu pleno exercício, sendo seu dever formular e executar políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde.¹⁰ A referida Lei estabelece, ainda, que se relacionam à saúde as ações destinadas a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Cumpram-se destacar que são objetivos do SUS identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde; formular política de saúde; assistir às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada de ações assistenciais e de atividades preventivas. Está, ainda, incluída no campo de atuação do SUS a execução de ações de assistência terapêutica integral.¹¹

Entre os pressupostos do SUS estão a essencialidade, a saúde como direito fundamental do cidadão e como função do Estado e a universalização, a saúde como direito de todos.

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde - OMS, de 7 de abril de 1948, exprime um conceito de saúde, que se tornou amplamente adotado, inclusive pelo Brasil. A OMS define saúde como “estado de completo bem estar físico, mental e social” e não meramente a ausência de doença, dispondo que o Estado deve adotar medidas que vão além de tratar doenças promovendo conforto físico e mental.

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, reconhece que todo ser humano tem direito de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível.

Caldas Lopes anota que a variedade com que se põem os fatos da vida e os avanços técnicos-científicos da medicina leva à necessidade de uma interpretação sempre atualizadora do direito à saúde (2010, p.83). Ele arremata que somente esses fatos podem revelar caso a caso, direito a direito como a Jurisdição deve acompanhá-los.

¹⁰ Art. 2º, § 1º da Lei 8.080/90

¹¹ Art. 5º, III e Art 6º, I, “d” da Lei 8.080/90

Nesse contexto, as políticas públicas de saúde podem ser genericamente consideradas como ações voltadas a assegurar melhores condições de vida e saúde para a população. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, assegurado mediante a implementação dessas políticas públicas, que impõem ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso às ações e serviços, para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Um dos princípios constitucionais do SUS é garantir o direito de acesso a todas as esferas de atenção em saúde. Nesse sentido, se prevê a cobertura de serviços em diferentes eixos capazes de viabilizar uma atenção integral, superando a fragmentação do olhar e intervenções sobre os sujeitos, que devem ser vistos em suas inseparáveis dimensões biopsicossociais.¹²

No que tange aos direitos reprodutivos, salienta-se que Piovesan (2006) defende ser fundamental o direito ao elevado padrão de saúde reprodutiva, vez que partindo da premissa de que saúde não é mera ausência de enfermidades, mas completo bem-estar físico e mental, não se pode negar a possibilidade das pessoas se reproduzirem, se assim o desejarem, para obterem esse completo bem-estar.

A possibilidade de reproduzir-se ou não, no momento e frequência desejados é um direito, ressalta Piovesan (2006). É imprescindível, portanto, a atuação do Estado, no sentido de implementar políticas públicas garantidoras do direito à saúde reprodutiva.

Nessa linha, em 1983, o Ministério da Saúde elaborou o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), com a colaboração de representantes de grupos feministas¹³, gestores estaduais e pesquisadores de

¹² BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. PORTAL DA SAÚDE. SUS. Disponível em:

<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=28365> Acesso em: 7 nov. 2011

¹³ “O feminismo procurou em sua prática enquanto movimento superar as formas de organização tradicionais, permeadas pela assimetria e pelo autoritarismo. O feminismo busca repensar e recriar a identidade de sexo sob uma ótica em que o indivíduo, seja homem ou mulher, não tenha que se adaptar a modelos hierarquizados, e onde as qualidades “femininas” e “masculinas” sejam atributos do ser humano em sua globalidade. Esse movimento se constrói, portanto, a partir das resistências, derrotas e conquistas que compõem a História da Mulher, cujas lutas e estratégias estão em permanente processo de re-criação. Na busca da superação das relações hierárquicas

universidades. Seu conteúdo inclui plenamente a definição de saúde reprodutiva adotada pela Organização Mundial da Saúde em 1988, ampliada e consolidada no Cairo em 1994 e em Beijing em 1995 (OSIS, 1998).

O PAISM é considerado marco histórico, pois introduz novo enfoque nas políticas públicas voltadas para a saúde da mulher propondo abordagem global da sua saúde em todas as fases do seu ciclo vital e não mais a utilização de ações isoladas em planejamento familiar. É considerada, dessa forma, uma política pública comprometida com a promoção integral dos direitos reprodutivos. Por meio desse Programa, o poder público busca assegurar meios de promover bem-estar, de prevenir morbi-mortalidade e de assegurar tratamentos e curas necessários (OSIS, 1998).

2.1 Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida

Dada a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, a legitimidade do anseio de superá-la e o avanço do conhecimento científico que permite solucionar vários casos de infertilidade humana, restou evidente a necessidade de se instituir uma política especial voltada à reprodução.

Nesse sentido, o Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Assistida, por meio da Portaria nº 426 do Gabinete do Ministro, de 22 de março de 2005, determinando que as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal adotassem, em conjunto com os Municípios, as providências necessárias para organizar e implantar as Redes de Atenção à Reprodução Humana Assistida, sendo o Estado o responsável pela coordenação da Rede, conforme disposto na Portaria nº 388, de 06 de julho de 2005, da Secretaria de Atenção à saúde.¹⁴

A Portaria nº426/GM considerando a necessidade de estruturar no SUS uma rede de serviços regionalizada e hierarquizada que permitisse atenção integral em reprodução humana assistida e a melhoria do acesso a esse atendimento

entre homens e mulheres, alinha-se a todos os movimentos que lutam contra a discriminação em suas diferentes formas.” (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 8, 9 e 74)

¹⁴ Art.1º da Portaria nº 388.

especializado; considerando que a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e a anticoncepção, cientificamente aceitos; considerando que, segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS e sociedades científicas, aproximadamente, 8% a 15% dos casais têm algum problema de infertilidade; considerando, ainda, que as técnicas de reprodução humana assistida contribuem para a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infecto-contagiosas, genéticas, entre outras; resolveu instituir a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Assistida.

A Portaria nº 2.048, de 3 de setembro de 2009, que aprova o regulamento do Sistema Único de Saúde - SUS, também trata da Reprodução Humana Assistida em sua Subseção IV, artigos 305 a 310. Destaca-se que esta Portaria não inova em relação à Portaria nº426/GM, mas apenas reafirma que todas as providências necessárias à plena estruturação da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida deverão ser tomadas pela Secretaria de Atenção à Saúde - SAS, isoladamente ou em conjunto com outras Secretarias do Ministério da Saúde.

Cumprе salientar o que está previsto na Política de Reprodução Assistida: organização de uma linha de cuidados integrais; identificação de determinantes e condicionantes dos principais problemas de infertilidade em casais em sua vida fértil e desenvolvimento de ações transitórias de responsabilidade pública; definição de critérios técnicos mínimos para funcionamento, monitoramento e avaliação dos serviços que realizam procedimentos e técnicas de reprodução humana assistida; fomento, coordenação e execução de projetos estratégicos que visem ao estudo do custo-efetividade, eficácia e qualidade, bem como a incorporação tecnológica na área da reprodução humana assistida no Brasil; promoção de intercâmbio com outros subsistemas de informações setoriais, implementando e aperfeiçoando permanentemente a produção de dados e garantindo a democratização das informações, além de qualificação da assistência e promoção da educação permanente dos profissionais de saúde envolvidos com a implantação e a implementação dessa Política.

A elaboração da referida Política Nacional pressupõe priorização, por parte do Poder Público, de ações voltadas para reprodução assistida. Pressupõe-se

que a existência de uma política pública voltada especificamente para essa questão demonstre que diante das indagações acerca da existência de um problema nessa área, da necessidade de envolvimento do Estado nesse problema, da decisão de que não se trata de uma questão apenas particular, mas um problema público, o Estado criou ações específicas para lidar com ele, estabelecendo objetivos, criando propostas e fixando os pontos jurídicos, administrativos e financeiros envolvidos.

Ocorre que, não obstante a criação formal desta Política Nacional, ela parece apenas traduzir mera promessa, sem organizar os serviços com a finalidade de se garantir acesso real, efetivo, atual, igualitário e universal (DADICO, 2008, p.235).

Dadico (2008, p.234) explica que a quantidade inexpressiva de serviços previstos na Portaria nº388/2005¹⁵ conduz à conclusão de não-obrigatoriedade para os Estados da estruturação de um acesso universal aos serviços de referência. Deste modo, ela defende ser questionável o enquadramento da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida no conceito jurídico de política pública, justamente pela pequena oferta de serviços, tendo em vista o disposto no artigo 196 da Constituição Federal que outorga a garantia do direito à saúde por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços e para sua promoção, proteção e recuperação.

Para a citada Dadico (2008, p.235), a noção de finalidade é essencial para a conceituação de um conjunto de normas e atos administrativos como política pública sendo que esta aparece como uma atividade, ou seja, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

As normas que instituem a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida esvaziadas da finalidade de estruturar um acesso efetivo, universal e igualitário às tecnologias reprodutivas levam a crer que inexistem,

¹⁵ A Portaria 388/2005 estabelece que para a organização dos serviços de atenção em reprodução humana assistida de média e alta complexidade devem ser observados os quantitativos de serviços, definidos por Unidade da Federação, onde a área de cobertura assistencial deve ser de 1 serviço para abrangência de no mínimo 6.000.000 de habitantes.

no direito brasileiro, uma política pública de reprodução humana assistida (DADICO, p.236).

2.2 Saúde Reprodutiva e Reprodução Assistida: Ações governamentais no âmbito do SUS no Estado de São Paulo

As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde - SUS, em todos os seus níveis, obrigam-se a garantir programa de atenção integral à saúde que inclua como atividades básicas, entre outras, a assistência à concepção¹⁶.

No contexto da gestão federal do SUS, a saúde da mulher é prioridade, de acordo com as diretrizes do Pacto pela Saúde, das Metas do Milênio e de diversos acordos nacionais e internacionais¹⁷. O Pacto pela Saúde é o conjunto de reformas institucionais pactuado entre as três esferas de gestão do SUS (União, Estados e Municípios), que visa promover inovações nos processos e instrumentos de gestão. As metas do Milênio são os objetivos da Declaração do Milênio das Nações Unidas. Os acordos nacionais e internacionais pressupõem formulação de políticas de atenção à saúde feminina.

No âmbito do Estado de São Paulo - SP esta prioridade se reafirma e na atenção básica ela ocupa espaço privilegiado, especialmente nas ações referentes à redução da mortalidade materna, ao planejamento reprodutivo, humanização e qualificação da atenção obstétrica. Em São Paulo-SP, há 3 instituições públicas, vinculadas ao SUS, que oferecem tratamento de infertilidade: Centro de Referência em Saúde da Mulher (antigo Hospital Pérola Byington),

¹⁶ Lei nº 9.263/96

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

¹⁷ São exemplos desses Acordos, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); a Declaração Plataforma de Ação da Conferência Internacional sobre População e desenvolvimento (1994) e o Pacto Nacional para a Redução da Morte Materna e Neonatal (2004).

Hospital Universitário de Ribeirão Preto/USP e Hospital Universitário da Universidade Federal de São Paulo/ UNIFESP.¹⁸

Além do centro de reprodução assistida tradicional, o Estado de São Paulo conta com o Centro de Reprodução Assistida em Situações Especiais (CRASE), que atende pessoas soropositivas dentro do Programa de Reprodução Assistida para Soropositivos. O objetivo desse programa é reduzir ao máximo a chance de transmissão vertical ou mesmo a possibilidade de infecção entre os parceiros.

Desde 2007, visando reduzir custo e, assim, ampliar o atendimento voltado para a reprodução humana, o Hospital Perola Byington¹⁹ tem utilizado doses menores de medicamentos durante o processo de fertilização (seguindo protocolo europeu) obtendo o mesmo sucesso nos tratamentos.

Impende destacar que os tratamentos de infertilidade pelo SUS nem sempre são integralmente custeados pelo Estado. Em alguns hospitais o casal arca com a responsabilidade de pagar medicação necessária, alguns exames e, em alguns casos, até a internação hospitalar.

Sendo assim, muitos casais hipossuficientes por não terem condições financeiras de arcar com os custos do tratamento de infertilidade, procuram o judiciário - em geral após tentativa frustrada de solucionar a questão pela via administrativa - na tentativa de que o Estado arque com o tratamento integral, vez que a ele cabe fornecer tratamento de saúde como corolário da garantia constitucional ao direito à vida e à saúde.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Portal da Saúde SUS. **Reprodução Humana Assistida**. Fonte: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=23467>; **Ministério da Saúde institui a Política de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida**. Fonte: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=33889>. Acesso em: 7 nov. 2011.

No Pérola Byington, o serviço de reprodução humana é totalmente gratuito, inclusive as medicações. O hospital conta com um orçamento da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo direcionado exclusivamente ao programa de reprodução humana. No hospital da UNIFESP, os pacientes têm pagar pela medicação, sendo gratuitos o tratamento e a internação. Fonte: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/projeto-de-lei-quer-criar-programa-de-reproducao-assistida-gratuito-em-sp-veja-lista-de-servicos-20111222.html>>. Acesso em: 17 mar. 2012

¹⁹ Atualmente o setor de Reprodução Humana está sendo reformado e reestruturado. Novas pacientes não estão sendo atendidas, segundo informações constantes em <<http://www.hospitalperola.com.br/>>. Acesso em: 03 mar. 2012

Visando exatamente beneficiar casais de baixo poder aquisitivo, possibilitando-lhes construir uma família, além de frear o envelhecimento da população brasileira, a deputada Maria Lucia Amary (PSDB-SP), propôs o Projeto de Lei n. 517/2011²⁰, nomeado “Programa de Assistência Básica em Reprodução Humana” - PABRH, que prevê a criação de um programa gratuito de reprodução humana no Estado de São Paulo para oferecer tratamento da infertilidade para casais hipossuficientes.

A proposta do Programa é desenvolver-se em sintonia com os demais programas do Ministério da Saúde relacionados ao tratamento de reprodução humana. O PABRH propõe a garantia de programação de um plano de tratamento de infertilidade em três níveis: primário, secundário e terciário²¹.

O nível primário consistiria no atendimento preliminar (avaliação básica); o nível secundário consistiria na indicação para tratamento clínico e o nível terciário consistiria na indicação para tratamento de maior complexidade em centro especializado em Reprodução Humana das unidades de saúde do Estado, ou em clínicas conveniadas com as prefeituras nas cidades onde não existam tais centros públicos²².

O Programa propõe, ainda, a criação do Fundo de Receita para Assistência Básica em Reprodução Humana – FRABRH, objetivando a dotação de recursos financeiros ao processo de modernização e reaparelhamento dos Centros Especializados em Reprodução Humana das unidades de saúde do Estado, por meio da elaboração e execução de projetos no tratamento de infertilidade nos seus diversos níveis de desenvolvimento; construção, ampliação e reforma de prédios próprios das unidades de saúde do Estado e de imóvel objeto de comodato, bem como despesas de capital e de custeio; aquisição de matérias de pesquisa e diagnóstico, além de implantação de novos Centros Especializados em Reprodução

²⁰ SÃO PAULO. Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Projeto de Lei n. 517/2011: Programa de Assistência Básica em Reprodução Humana. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/porta/site/Internet/detalheDeputado?codigo=c408664e89a52010VgnVCM1000002e0014ac____&vgnextoid=4b9115f2ff7a7110VgnVCM100000590014acRCRD#noWhere> Acesso em: 20 mar. 2012

²¹ Artigo 2º do Projeto de Lei 517/2011.

²² §§ 1º, 2º e 3º do Artigo 2º do PL 517/2011.

Humana do Estado, em parceria com clínicas particulares ou convênio com as Administrações Públicas Municipais²³.

Dando continuidade ao estudo da saúde reprodutiva, no próximo capítulo enfrentar-se-á a judicialização da política pública de saúde reprodutiva, o estudo dos princípios da reserva do possível e da proporcionalidade aplicados ao direito à concepção, considerando-se a possibilidade financeira do SUS, e examinar-se-ão decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP acerca da concessão pelo Estado de São Paulo de medicamentos para o tratamento de infertilidade.

²³ Artigos 6º e 7º do referido Projeto.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE REPRODUTIVA

A judicialização da saúde, entendida por Maurício Caldas Lopes (2010, p.1) como provimento judicial independente de intermediação legislativa, ou até mesmo contra seu teor e alcance, visa concretizar ou assegurar tratamento médico e medicamentos aos cidadãos, fundando-se em normas que a doutrina majoritariamente considera como meramente programáticas, ou seja, normas aplicáveis segundo conveniência e oportunidade do Poder Público.

Nas palavras de Moraes e Nascimento (2007, p.255), a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é uma das marcas da contemporaneidade e decorre das próprias dificuldades do Estado Social. A disputa pela concretização das promessas legislativas primeiramente ocorre no âmbito da Administração e, posteriormente, diante da insatisfação pela não concretização, nos limites da Jurisdição. Com a judicialização, o juiz torna-se protagonista direto da questão social (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

O fenômeno da judicialização, segundo Barroso (2009, p.3) tem causas múltiplas, entre elas a redemocratização do Brasil e a constitucionalização abrangente. Uma das conseqüências da redemocratização foi justamente a recuperação das garantias da magistratura, que afastou do Judiciário o cunho apenas de departamento técnico-especializado, garantindo-lhe verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. A constitucionalização abrangente, por seu turno, trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Disso resulta que, na medida em que uma questão é disciplinada por norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

Sendo assim, a judicialização é uma tentativa de solucionar o inconformismo dos cidadãos frente às políticas de bem-estar e às promessas contidas nos textos constitucionais configuradores de um projeto de sociedade significativamente incluyente e voltada ao asseguramento e promoção da dignidade

da pessoa humana como fundamento da própria ordem constitucional (MORAIS; NASCIMENTO, 2007, p.252).

A capacidade para satisfazer todos os direitos fundamentais, em toda sua extensão, é questionada pelos citados Moraes e Nascimento (2007, p.254). Eles destacam a transição funcional no Estado, antes do Legislativo ao Executivo e agora em direção à Jurisdição, ante a insatisfação quanto à realização das promessas constitucionais.

De outro lado, Barroso e Barcellos (2003, p.3) expõem que as normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam.

Barroso (2008, p.14) alerta que as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a gozar de aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário.

Nas palavras de Barroso (2008, p.13), a judicialização, procurando realizar a promessa constitucional de prestação universalizada, apresenta “sintomas graves de que pode morrer da cura, vitimada pelo exagero de ambição, ausência de critérios e voluntarismos diversos”. Para ele, tais excessos põem em riscos a própria continuidade das políticas públicas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.

O referido jurista atenta que o Judiciário não pode ser omissor, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser fomentados com a sua atuação. Por outro lado, não deve o Judiciário ir além das suas atribuições a pretexto de promover esses direitos.

Em consonância com essa ideia, Thalita Moraes Lima expôs em sua dissertação de mestrado “O discurso judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse” (2011, p. 110) que na interpretação do direito à saúde há atualmente uma naturalização da perspectiva eminentemente individualista no campo jurídico, na qual o indivíduo tem direitos a despeito da comunidade. Do ponto

de vista da aplicação dos direitos pelos Tribunais, Lima defende que essa escolha atomizada pode ser desastrosa por dificultar a decisão justa e equânime das demandas que originalmente exigem escolhas distributivas de bens comuns e que devem simultaneamente observar a isonomia entre cidadãos em um ambiente democrático.

No caso dos direitos à saúde e ao planejamento familiar, por exemplo, embora previstos na Constituição não são alçados como direito fundamental de aplicabilidade imediata, sendo considerados normas de conteúdo programático. Ou seja, os Poderes Legislativo e Executivo poderiam, em tese, definir o momento em que ele se tornaria efetivo.

Vale ressaltar o que defende Canotilho (2003, p. 1176-77) acerca das normas programáticas. Para esse jurista, as normas programáticas são normas-tarefa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Não são “meras declarações”, “aforismos políticos” ou “promessas”, visto que qualquer norma constitucional deve ser considerada obrigatória. A positividade jurídico-constitucional das normas programática significa fundamentalmente uma vinculação do legislador de forma permanente à sua realização. Assim sendo, não se tratam de regras cuja eficácia possa ficar submissa à discricionariedade do legislador infraconstitucional.

Consoante Casagrande e Freitas Filho (2010), as cortes constitucionais têm função garantidora da realização das prescrições normativas que consagram direitos, permitindo que o texto constitucional supere a função simbólica de reconhecimento de demandas sociais e passe a ser um real programa de atuação das instituições.

Nesse sentido, a força normativa da Constituição Federal vincular-se-ia à possibilidade de que os direitos nela previstos fossem concretizados por meio do controle judicial. Casagrande e Freitas Filho (2010) mencionam que frente aos limites materiais e temporais à eficácia da implementação das políticas públicas, os tribunais têm atuado como agentes de tutela positiva na realização das prescrições jurídicas relativas a estas políticas, implementando os direitos constitucionais.

Mendes, Coelho e Branco (2008), por sua vez, mencionam que severas críticas recaem sobre as Cortes Constitucionais de países ocidentais que, sob pretexto de otimizar a Constituição, têm proferido decisões de caráter legislativo, a despeito de legiferar ser um poder que compete somente ao Legislativo e Executivo.

O já mencionado Barroso (2008, p.26) levanta ainda algumas críticas à judicialização no âmbito do fornecimento gratuito de medicamentos, entre elas, a que argumenta que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é outorgar a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas e a crítica que defende que a judicialização privaria a Administração Pública da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão, uma vez que cada decisão poderia atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Ressalta-se que as críticas, levantadas por Barroso, sobre controle jurisdicional em matéria de entrega gratuita de medicamentos não se tratam daquele que naturalmente decorre do ofício do magistrado de aplicar a lei, como o controle sobre ação administrativa relacionada à política pública determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas ou mesmo a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando não seja possível formular um juízo de certo/errado em relação às decisões dos poderes públicos. As críticas recaem sobre o controle jurisdicional que ocorre em situações nas quais há lei e atos normativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, todavia o judiciário promove uma interferência sem a devida autocontenção (BARROSO, 2008, p.26).

3.1 A reserva do possível e o princípio da proporcionalidade: direito à concepção versus possibilidade financeira do SUS

As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo. O relato da norma, muitas vezes, apenas delimita diferentes

possibilidades interpretativas. A partir dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, visando produzir a solução constitucionalmente adequada para o litígio a ser resolvido (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.5).

Consoante Canotilho (2003, p. 1123), os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor maneira possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. São determinações para que certo bem jurídico seja protegido ao máximo que a circunstância permitir (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.284).

É factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso em apreço. No conflito entre princípios deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada um em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto. O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade. Esse princípio consubstancia a idéia de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins. Implica equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.120-121).

Nesse sentido, para Barroso e Barcellos (2003, p.19), os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, a aplicação deles deverá ocorrer mediante ponderação. Diante do caso concreto, o intérprete define o papel que cada princípio deverá desempenhar na hipótese.

Desta forma, na fase de decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto são examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e definir o grupo de normas que deve preponderar no caso.

Na mesma linha, Lôbo (2004, p 334) expõe que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico, devendo haver um balanceamento dos interesses no caso concreto: uma priorização de direitos e interesses. Canotilho

(2003, p.268) também ensina que este é um princípio de controle exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos à persecução do escopo e ao equilíbrio concreto dos direitos ou interesses em conflito, sendo entendido como princípio da “justa medida”, vez que meios e fim são ponderados.

Contudo, Ana Maria Costa, Lígia Bahia e Danielle Conte (2007, p.14) evidenciam que de um lado a Constituição de 1988 prevê generosos direitos individuais e sociais a serem implementados por meio de políticas públicas, e que de outro há evidente assimetria entre os direitos previstos e a concretização prática destes direitos.

Como forma de contrabalançar direitos previstos na legislação e concretização prática destes direitos tem-se utilizado a construção dogmática da reserva do possível. Essa construção traduz a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres público (CANOTILHO, 2003, p. 481).

Assim sendo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional, denominada por Canotilho (2003, p.481) de “platônica”, são os altos custos desses direitos. Para este jurista os direitos de liberdade, por exemplo, não implicam grandes gastos para o Estado podendo ser garantidos sem que se sobrecarreguem os cofres públicos. Os direitos sociais, por sua vez, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado levando a análise de viabilidade financeira.

Outrossim, Canotilho (2003, p.482) adverte que nenhuma das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais fundamentais poderia ser estruturalmente entendida como norma vinculante, garantidora, em termos definitivos, de direitos subjetivos. Os direitos sociais dotados de conteúdos concretos seriam consagrados em normas de regulação legal. Para exemplificar, este jurista expõe que não há um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde.

José Afonso da Silva (2006, p. 137-38), por seu turno, expõe que as normas constitucionais de princípio programático são esquemas genéricos que

destacam programas a serem desenvolvidos posteriormente pelo legislador infraconstitucional. São normas por meio das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Desta forma, embora os direitos ao planejamento familiar e à reprodução estejam previsto na Constituição da República, alguns magistrados,²⁴ seguindo o entendimento doutrinário supracitado, defendido por Silva, não o consideram como direito fundamental de aplicabilidade imediata, considerando-o como norma de conteúdo programático no sentido estrito do termo.

Seguindo lição de Silva, Barroso (2008, p.27) defende que não haveria propriamente uma obrigação jurídica do Estado em relação à saúde, mas um princípio que se encontraria entre os fins estatais e cuja prescrição teria eficácia reduzida.

Sendo assim, não obstante o Estado tenha o dever de implementar um programa enunciado, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão, muitas decisões fundamentam-se na idéia de que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo avaliar, frente a outras normas de igual espécie, o momento mais adequado à implementação da política pública que garanta a sua efetividade, podendo postergá-lo, atentando-se para o princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, alguns magistrados têm fundamentado suas decisões expondo a idéia de que a norma-princípio do direito fundamental à saúde que abarca o direito prestacional assecuratório da oferta do serviço de reprodução assistida tem encontrado limites fáticos na impossibilidade de financiamento estatal universal para o custeio solicitado, dificultando a exigência (mas não impossibilitando irremediavelmente), em relação ao Estado, do pagamento de medicamentos para assegurar a participação de todos os interessados em Programa de Reprodução Assistida promovido pelo SUS.

²⁴ Das seis apelações analisadas mais adiante, naquelas em que o pedido de fornecimento de medicação para tratamento de infertilidade foi julgado improcedente pelo magistrados, eles aderiram a esse entendimento.

Ferraz e Vieira (2009, p. 226) defendem que ainda que se soubesse exatamente quais políticas são eficazes para se garantir o mais alto grau de saúde possível a toda a população, seria impossível implementar todas essas políticas. Eles explicam que por maiores que sejam os recursos destinados exclusivamente à saúde, haverá sempre menos recursos disponíveis que os necessários para atender a todas as necessidades de saúde da população e que isso implica na necessidade de se fazer escolhas.

Nessa linha, cumpre expor as idéias defendidas por Caldas Lopes (2010, p.91) sobre o princípio da reserva do possível. Para Lopes, esse princípio deve ser tomado no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, expressando simplesmente a reserva geral de ponderação a que se submetem todos os direitos fundamentais.

O referido jurista assevera ainda que o princípio da reserva do possível pode ser tido como válido quando apresentado em termos absolutos (ausência total de recursos), o que justificaria a falta de promoção de políticas públicas em países pobres (algumas nações Africanas e Asiáticas). Todavia, esse princípio não justifica que se neguem ações sociais no Brasil, país com economia considerada uma das maiores do mundo. Dessarte, no caso brasileiro, a aplicação da reserva do possível trata-se de pretexto para justificar a negativa de intervenção estatal em prioridades sociais.

Ana Paula de Barcellos (2008, p.260-61) na mesma linha, defende que o propósito do direito é o de alterar a realidade, cabendo-lhe dispor justamente sobre aquilo que ainda não é, mas deve ser. Nesse ínterim, para ela não haveria utilidade em instituir normas jurídicas para descrever a realidade como se apresenta. Esse ponto de vista compromete o argumento da impossibilidade material, muitas vezes utilizado para forjar a distorção de prioridade na aplicação de recursos.

Após breve estudo sobre direito à família, direito reprodutivo, planejamento familiar, princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da reserva do possível, políticas de saúde, políticas de saúde reprodutiva e ações governamentais no âmbito do SUS no Estado de São Paulo, analisar-se-ão adiante as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

acerca da provisão de medicamentos por esse Estado para tratamento de infertilidade.

3.2 Decisões do TJSP sobre fornecimento de medicação pelo Estado de São Paulo aos hipossuficientes submetidos ao tratamento de infertilidade

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prolatou no período de 2007 a 2012, aproximadamente, quarenta e oito sentenças sobre fornecimento de medicação para tratamento de infertilidade. Dentre estas, na presente pesquisa, selecionaram-se seis decisões para análise.

As decisões escolhidas são Apelações impetradas por pacientes sem condições financeiras de arcar com o tratamento de infertilidade, em desfavor de entes federativos (Estados-membros e município), após improcedência do pedido de fornecimento de medicamentos prescritos para o tratamento de infertilidade.

As decisões analisadas foram proferidas no período de janeiro de 2011 a fevereiro de 2012, tendo sido, coincidentemente, três recursos providos e três improvidos.

Supõe-se que haja grande procura do amparo estatal no Estado de São Paulo para solução de litígios envolvendo o tema em questão, por se localizarem nesse Estado três das cinco instituições públicas, vinculadas ao SUS, que oferecem tratamento de infertilidade no Brasil.

Das seis decisões selecionadas, em cinco delas constam como apelados a Fazenda do Estado de São Paulo e o Município de Ribeirão Preto, local onde se localiza um dos três Hospitais vinculados ao SUS, que oferecem tratamento de infertilidade no Brasil (Hospital Universitário da USP/Ribeirão Preto), em uma delas o apelado é o Diretor Técnico do Departamento Regional de Saúde de São José do Rio Preto.

Em linhas gerais, os pedidos mantiveram a controvérsia em face dos artigos 5º, *caput*, 6º, 196, 197, 198, §1º e 226, *caput* e § 7º da Constituição Federal de 1988; artigos 219, 222, 223 da Constituição do Estado de São Paulo de 1989;

artigos 1º e 3º da Lei Federal nº 9263/96; artigos 2º; 5º, inciso III; 6º, inciso I, “d”; 7º, incisos I, IV, IX e XI e 31 da Lei Federal nº 8.080/90; e, também, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível.

As informações gerais sobre as decisões selecionadas estão discriminadas na tabela a seguir:

Tabela I: Informações Gerais

Apelação nº	Data	Decisão	Tipo de argumentação	Utilização do princípio da reserva do possível
0459954-63.2010.8.26.0000	11/01/11	Recurso provido	dogmática	não
0473079-98.2010.8.26.0000	20/06/11	Recurso improvido	consequencialista	sim
3001635-87.2009.8.26.0506	14/09/11	Recurso improvido	consequencialista	sim
3005266-05.2010.8.26.0506	05/10/11	Recurso provido	dogmática	não
3001956-88.2010.8.26.0506	19/10/11	Recurso provido	dogmática	não
0060910-65.2010.8.26.0576	01/02/12	Recurso improvido	consequencialista	sim

Fonte: Tabela elaborada pela autora

A partir da análise das sentenças, os argumentos que sustentavam a tese defendida pelos desembargadores (pró-fornecimento ou contra fornecimento dos medicamentos) foram extraídos. Os argumentos semelhantes foram agrupados e categorizados. Em relação aos recursos providos, detectaram-se cinco principais argumentos, já nos recursos improvidos, detectaram-se quatro.

Os argumentos utilizados pelos decisores abarcaram normas, princípios, valores e conseqüências, alguns apresentados de forma pragmática, outros de modo retórico. Conforme Barretto (2009, p.657), um juiz pragmatista ao decidir considera as necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis conseqüências de seu julgamento. Por sua vez, o modo retórico é entendido como “arte da persuasão pelo discurso”, ou seja, “ arte de convencer qualquer um a respeito de qualquer coisa” (BARRETTO, 2009, 723). Percebeu-se características mais pragmáticas nos recursos não providos e a utilização de um modo mais retórico nos providos.

Embora as sentenças tenham variado bastante quanto à extensão e à profundidade da fundamentação, a categorização se deu diante das semelhanças nas convicções. As motivações das apelações contrárias ao provimento foram mais concisas do que a das apelações favoráveis ao provimento, além disso, aquelas se basearam fundamentalmente em mera referência a súmulas, além de considerarem como razão o provável impacto que a decisão gera (as possíveis conseqüências negativas que poderiam resultar da concessão do pleito), enquanto estas, em sua sustentação, fundamentaram-se nas normas, nos entendimentos de doutrinadores- e.g, J.J Gomes Canotilho, Sueli Gandolfi Dallari, Maria Helena Diniz e Nagib Slaibi Filho- além de terem se referido a súmulas.

Desta forma, em linhas gerais, pode-se considerar que as decisões pela concessão do pleito fundamentaram-se predominantemente em argumentos dogmáticos, enquanto as decisões contra concessão do pleito fundamentaram-se em argumentos consequencialistas.

À luz do que ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p.48), na dogmática, os juristas procuram sempre compreender o direito e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Desta forma, dogmático seria o campo do

direito que trabalha primordialmente com dogmas jurídicos, quais sejam, lei, doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, no presente trabalho, entende-se por “argumento dogmático”, a fundamentação baseada em norma, doutrina e jurisprudência, utilizada fundamentalmente nas decisões pró-fornecimento de medicação.

Seguindo a mesma linha de raciocínio utilizada por Thalita Lima em sua dissertação de mestrado “O Discurso Judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse” (2011), no presente trabalho, entende-se “argumento consequencialista” como aquele cuja fundamentação considera o provável impacto que a decisão gera; as possíveis consequências negativas que poderiam resultar dela, utilizado expressivamente nas decisões contrárias ao fornecimento da medicação.

A seguir são expostos trechos das decisões, agrupados pelas categorias criadas. Primeiramente, são expostas as categorias referentes aos recursos providos e, posteriormente, aos recursos improvidos:

Tabela II: Primeira Categoria dos Recursos Providos

Direito à saúde e à vida considerados direitos fundamentais	
Apelação nº 0459954-63.2010.8.26.0000	“[...] o direito à saúde no modo em tratado na Carta Constitucional é elevado a categoria de direito fundamental e que, por isso mesmo, não se presta a interpretações restritivas [...]”
Apelação nº 3001956-88.2010.8.26.0506	“[...] ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida, tornando-se, assim totalitário e insensível. [...]”

Tabela III: Segunda Categoria dos Recursos Providos

Direitos reprodutivos considerados direitos sociais	
Apelação nº 0459954-63.2010.8.26.0000	“[...]direitos reprodutivos se inserem no conjunto de livre exercício da sexualidade e da reprodução humanas e estão contemplados entre os direitos civis e políticos, notadamente entre aqueles sociais e culturais que a Carta de 1988 reconhece à cidadania. [...]”
Apelação nº 3001956-88.2010.8.26.0506	“[...] Um dos maiores desafios do Estado brasileiro é exatamente a manutenção dos direitos sociais conquistados, a qual se faz, essencialmente por meio da hermenêutica constitucional. O intérprete deve, ao ponderar o âmbito de abrangência da norma de proteção ao direito da saúde, levar em consideração os avanços que já foram alcançados pelos brasileiros. Com efeito, verifica-se que a atenção integral em reprodução humana já foi matéria de portarias do Ministério da Saúde, as quais previam a Instituição da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida e determinavam que as Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal adotem, em conjunto com os Municípios, as providências necessárias para organizar e implantar as Redes de Atenção à Reprodução Humana Assistida (Portarias GM 426 e SAS 388, respectivamente). [...]”

Tabela IV: Terceira Categoria dos Recursos Providos

Direito à saúde é norma de eficácia plena e não pode ser restringido	
<p>Apelação nº 0459954-63.2010.8.26.0000</p>	<p>“[...] o art. 196 da Constituição Federal reconhece que a saúde é direito de todos e obrigação do Estado, que promoverá o atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde. Longe de se ver aqui, uma norma programática, recurso pelo qual usualmente os administradores públicos se escusam de cumprir as obrigações que lhes são dirigidas pela Constituição Federal, há que se ver uma norma impositiva de eficácia plena, que objetiva tornar real e não meramente retórico o direito à vida proclamado no art. 5º da Constituição Federal. [...]”</p> <p>“[...]Bem por isso não há que ser prestigiadas interpretações restritivas que desconsideram, sobretudo, o caráter axiológico da Constituição Federal e acabam por amesquinhar o direito à saúde. [...]”</p>
<p>Apelação nº 3005266-05.2010.8.26.0506</p>	<p>“[...] Embora norma de caráter programático, vincula esta ao Estado, não podendo furtar-se de sua obrigação maior.</p> <p>Quanto a esta natureza jurídica, Crisafulli ensinou que: “...numa Constituição não pode haver normas desprovidas de eficácia”. [...]”</p> <p>“[...] elucida Gomes Canotilho que: “ ... pode e deve dizer-se que hoje não há normas constitucionais programáticas. [...]”</p> <p>“[...] Portanto, tem eficácia plena o artigo 196 da Carta Maior.</p> <p>A Constituição Estadual também impõe harmonicamente esta obrigação, materializada nos artigos 219, 222 e 223.</p>

	A Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990 (SUS) deixa transparecer esta responsabilidade nos artigos 2º; 5º, inciso III; 6º, inciso I, “d”; 7º, incisos I, IV, IX e XI; 9º e 31. [...]”
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tabela V: Quarta Categoria dos Recursos Providos

Ausência de risco de morte não é empecilho ao fornecimento de medicação pelo Estado	
Apelação nº 3001956-88.2010.8.26.0506	“[...] O fato de a paciente não se encontrar em situação de risco, não lhe retira o direito de receber os medicamentos pleiteados, vez que a saúde engloba o aspecto físico, mental e social. [...]”

Tabela VI: Quinta Categoria dos Recursos Providos

Narrativa oponível ao Princípio da Reserva do Possível	
Apelação nº 0459954-63.2010.8.26.0000	<p>“[...] O argumento, tão ao gosto dos burocratas, de que o reconhecimento desse direito essencial ao cidadão do acesso à saúde pode implicar em comprometimento de outras políticas públicas de saúde não prevalece. Basta se proceda a uma gestão racional, eficiente e honesta da coisa pública. [...]”</p>
Apelação nº 3005266-05.2010.8.26.0506	<p>“[...] Outrossim, nem venha se alegar necessidade de estrita observância de dotação ou previsão orçamentária, notadamente porque o orçamento não cuida de tais minúcias, nem descreve, na alocação das verbas destinadas à saúde, quais e quantos os exames ou medicamentos, de cada tipo, podem ser feitos e adquiridos pelo administrador.</p> <p>Depois, é defeso a Administração Pública esquivar-se de seu dever constitucional para com o cidadão, diante da própria redação da Lei de Responsabilidade Fiscal que, em seu artigo 5º, inciso III, alínea b, aponta que o orçamento anual dos entes federativos deverá conter reserva de contingência, cuja forma de utilização do montante, definido com base na receita líquida, será destinada ao atendimento de passivos contingenciais e outros riscos e eventos imprevistos, tais como o fornecimento de medicamentos de alto custo para pessoas carentes, portadoras de graves doenças. [...]”</p>
Apelação nº 3001956-88.2010.8.26.0506	<p>“[...] A saúde é direito público subjetivo e não pode estar condicionada a</p>

	<p>programas do governo. Ora, se o sistema de saúde não tem recursos para oferecer ou adquirir os referidos medicamentos, tal escusa não pode ser imputada ao paciente, pois se trata de problema do Estado-administração, face ao descaso com a saúde pública, [...]"</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tabela VII: Primeira Categoria dos Recursos Improvidos

Aplicação do Princípio da Reserva do Possível	
<p>Apelação nº 0473079-98.2010.8.26.0000</p>	<p>"[...] Por mais que se queria e se apliquem esforços a fim de atender aos anseios sociais, não existe alternativa a não ser agir com razoabilidade frente ao caso concreto. Nessa seara, torna-se justificável a aplicação do princípio da reserva do possível. Ao Estado cabe a obrigação de garantir níveis essenciais dos direitos fundamentais. [...]"</p>
<p>Apelação nº 3001635-87.2009.8.26.0506</p>	<p>"[...] embora não haja a menor dúvida de que ao Estado cabe fornecer ao hipossuficiente acometido de enfermidade o tratamento de que necessita, como corolário da garantia constitucional ao direito à vida e à saúde, não se pode aqui invocar tal direito, sopesadas a disponibilidade estatal e a incomensurável demanda daqueles que, hipossuficientes, têm a saúde e/ou a vida realmente comprometidas. [...]"</p>
<p>Apelação nº 0060910- 65.2010.8.26.0576</p>	<p>"[...] Na busca pelo mais amplo atendimento, o Estado deve racionalizar a distribuição de medicamentos para assegurar a todos o mínimo necessário à manutenção da saúde e da vida". [...]"</p>

Tabela VIII: Segunda Categoria dos Recursos Improvidos

Ausência de risco de morte afasta obrigação do Estado de fornecer medicamento	
Apelação nº 0473079-98.2010.8.26.0000	“[...] Transferir ao Poder Público o alto custo da integralidade do tratamento para fertilização seria ignorar a escassez financeira e deixar de considerar os interesses daqueles que são vítimas de doenças graves que põem em risco a vida. [...]”
Apelação nº 3001635-87.2009.8.26.0506	“[...] Na espécie, não há risco à vida ou a subsistência digna da autora a justificar a aquisição de medicação de alto custo (cerca de R\$ 10.000,00 - fl. 06), em detrimento da compra de/ remédios outros emergenciais, inclusive. [...]”
Apelação nº 0060910- 65.2010.8.26.0576	“[...] É bem certo que o artigo 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde constitui direito subjetivo do cidadão e dever do Estado, a ser efetivado mediante a adoção de políticas públicas. Mas esse comando não autoriza a disponibilização de medicamentos de alto custo no caso concreto, porquanto não se cogita de comprometimento da saúde ou risco à vida da impetrante, mas sim de garantir o sucesso de procedimento absolutamente eletivo de fertilização assistida. [...]”

Tabela IX: Terceira Categoria dos Recursos Improvidos

Direito à saúde pode ser restringido	
Apelação nº 0060910- 65.2010.8.26.0576	“[...] O conceito de “saúde”, tal como utilizado pelo legislador constitucional, não pode ser indevidamente ampliado, como quer a impetrante, para abrigar sua pretensão de que o Estado dispense-lhe fármacos extremamente caros, apenas para satisfazer anseio particular de conceber. [...]”
Apelação nº 3001635-87.2009.8.26.0506	“[...] o direito subjetivo à saúde não é um direito ilimitado, não pode o Judiciário omitir-se de reconhecer os limites da atividade pública diante da realidade existente, ao determinar o fornecimento de medicamentos/insumos/tratamentos em enfermidades para garantir condições da vida digna[...]”

Tabela X: Quarta Categoria dos Recursos Improvidos

A negativa no fornecimento de medicamento não ofende princípios e regras constitucionais	
Apelação nº 0473079-98.2010.8.26.0000	“[...] Saliente-se, por fim, que não se vislumbra ofensa aos artigos 1º e 3º da Lei Federal 9263/96. [...]”
Apelação nº 0060910- 65.2010.8.26.0576	“[...] O cenário descrito nos autos revela indubitavelmente que a impetrante não detém direito líquido e certo, amparável por mandado de segurança inexistindo ofensa ao princípio da dignidade humana nem ao direito à vida, nem tampouco aos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, ao artigo 1º da Lei Estadual nº 10.938/2001 e ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.[...]”

Da análise das decisões, verificou-se que aquelas favoráveis ao fornecimento de medicamento para tratamento de infertilidade alicerçaram-se basicamente nos critérios de fundamentalidade dos direitos à saúde e à vida; na impossibilidade de restrição do direito à saúde; no entendimento do direito à saúde como norma de eficácia plena; na consideração dos direitos reprodutivos como importantes direitos sociais e no argumento de que a ausência de risco de morte não é empecilho ao fornecimento de medicação pelo Estado.

Por sua vez, as decisões contrárias ao fornecimento de medicamento para tratamento de infertilidade alicerçaram-se basicamente no princípio da reserva do possível; no critério de que a não concessão do tratamento não causa danos irreparáveis ou mesmo que a ausência do tratamento não traz riscos à saúde da paciente; no argumento de que o direito à saúde pode ser restringido e no entendimento de que a negativa no fornecimento de medicamento não ofende princípios e regras constitucionais.

De modo geral, os argumentos utilizados para não concessão do pleito foram mais convergentes, os mesmos argumentos se repetiram praticamente nas três apelações. Os argumentos que concedem o pleito, por sua vez, foram mais diversos.

Tanto nas decisões contra fornecimento quanto nas pró-fornecimento, a valorização da vida ocupou posição de destaque. Nas decisões contra fornecimento argumentou-se que o não fornecimento de medicamentos não implicaria risco de morte e que, tendo em vista a necessidade de priorizar gastos, não se vislumbrava a obrigação patente do Estado de oferecer tratamento integral à infertilidade. Por outro lado, nas decisões pró-fornecimento não se colocou a dualidade vida/morte, mas o compromisso de realizar a vida com dignidade.

Em relação à discussão sobre o direito à saúde, nos recursos providos foi uníssono o pressuposto da saúde como estado de completo bem estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença. Em consonância com esse entendimento foi explicitado o dever legal do Estado de prestar ampla assistência médica aos que necessitam. Por outro lado, nos recursos improvidos foi possível inferir que a ausência de risco de morte retirou importância do pedido, se comparado

a outros problemas de saúde que poderiam levar a morte. Parece haver entendimento de que a infertilidade não é propriamente dito um problema de saúde, e.g, “ [...]não se cogita de comprometimento da saúde ou risco à vida da impetrante, mas sim de garantir o sucesso de procedimento - absolutamente eletivo - de fertilização assistida. [...]” (apelação nº 0060910- 65.2010.8.26.0576).

Todas as decisões, tanto as decisões favoráveis à concessão de medicamentos, quanto as contrárias, mencionaram a existência de políticas sociais, econômicas e de saúde. As decisões favoráveis à concessão pressupuseram que a existência dessas políticas estabelece o dever do Estado de fornecer medicamentos a todos que necessitarem. Já as decisões contrárias defenderam que embora existam essas políticas não há como atender a todas as pessoas. Interessante ressaltar que somente uma decisão mencionou a existência de política pública específica para o tratamento de infertilidade - Política Nacional de Reprodução Humana Assistida - (Apelação nº 3001956-88.2010.8.26.0506).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo averiguar se o Estado de São Paulo tem concedido medicações para hipossuficientes em tratamento de infertilidade e que critérios decisórios são utilizados para que sejam fornecidos ou negados, além de verificar qual o posicionamento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP a esse respeito.

Pelo que foi exposto, concluiu-se que a ordem constitucional brasileira protege os direitos sociais e à saúde vislumbrando a dignidade da pessoa humana (fundamento dos direitos humanos). E, ainda, considerando que direitos reprodutivos fazem parte da dimensão da cidadania e que a política de saúde reprodutiva está baseada em uma visão de direito reprodutivo como parte dos direitos sociais, concluiu-se ser factível considerá-lo como fundamental, o que garantiria proteção rigorosa com relação ao seu cumprimento, estabelecendo-lhes máxima eficácia possível.

Destacou-se na atual pesquisa que a política nacional especificamente voltada para reprodução humana assistida - Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida -, prevê número inexpressivo de quantitativos de serviços por Unidade da Federação²⁵. Além dessa questão, ressalta-se que tal Política não parece prever suporte estatal a tratamento integral de reprodução. Acredita-se que o entendimento de que há um viés eminentemente individual de acesso à saúde nesse caso, relega o cumprimento dessa política a segundo plano.

A partir das pesquisas bibliográficas, pesquisas à legislação e análise das seis decisões escolhidas, concluiu-se o seguinte sobre os quatro questionamentos²⁶ que serviram de base para o desenvolvimento deste trabalho:

²⁵ A área de cobertura assistencial deve ser de 1 serviço para abrangência de no mínimo 6.000.000 de habitantes, conforme Portaria 388/2005.

²⁶ Questionamentos iniciais deste trabalho: (1) Há uma política pública que ampare e garanta de forma eficiente o exercício do direito fundamental à saúde no Brasil? (2) Existe de fato no Brasil uma “Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida”? (3) Está havendo judicialização do direito à reprodução assistida? (4) Há casos paradigmáticos ou uniformidade nas decisões dos litígios relativos ao fornecimento de medicação pelo Estado aos hipossuficientes em tratamento de infertilidade?.

1. O entendimento de que o direito à saúde é de conteúdo programático e que apenas o mínimo existencial deve ser amparado, faz parecer que Constituição Federal traz em seu bojo um aglomerado de conceitos sem valor e que o Estado não está efetivamente garantindo, por meio das Políticas Públicas de Saúde, o que preconiza. Assim, embora existam Políticas Públicas para efetivar os direitos, o cumprimento das Políticas muitas vezes é precário.

2. O ponto fundamental em relação às políticas públicas é a questão decisória, ou seja, o quê e como fazer para atingir os resultados esperados. Nesse sentido, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida não parece estar tão bem desenhada quanto deveria para atingir o objetivo a que se propõe. Desta forma, apesar dos marcos legais que regulam o direito à família, ao planejamento familiar, à saúde reprodutiva, quais sejam, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil Brasileiro de 2002 e os princípios do SUS e apesar da autorização explícita à Reprodução Humana Assistida (prevista no Código Civil) e da Política Nacional especificamente voltada para Reprodução Assistida, o Estado não assegura plenamente o direito a ter um filho.

3. Pode-se considerar que a omissão e/ou ineficácia do Estado no fornecimento aos hipossuficientes de medicação para tratamento de infertilidade levaram ao fenômeno da judicialização da saúde reprodutiva, entendido como a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação do direito à saúde reprodutiva. Assim, o Judiciário tem sido provocado a compelir a Administração a fornecer medicamentos em atendimento a Constituição Federal de 1988 (artigos 5º, *caput*, 6º, 196, 197, 198, §1º e 226, *caput* e § 7º); Constituição do Estado de São Paulo de 1989 (artigos 219, 222, 223); Lei Federal nº 9263/96 (artigos 1º e 3º) e Lei Federal nº 8.080/90 (artigos 2º; 5º, inciso III; 6º, inciso I, “d”; 7º, incisos I, IV, IX e XI e 31).

4. Após exame das decisões do TJSP acerca da concessão pelo Estado de São Paulo de medicamentos para o tratamento de infertilidade, verificou-se que não há uniformidade nas decisões, nem tampouco caso paradigmático. Verificou-se, contudo, uniformidade de argumentos dentre as decisões que prolataram a improcedência do pleito. Os argumentos principais nestes casos basearam-se no princípio da reserva do possível e na idéia de que a não concessão

do tratamento não traz riscos à saúde da paciente. Esse risco à saúde, aparentemente, possui conotação de ausência de risco de morte.

É possível considerar que o judiciário decide visando concretizar as promessas legislativas, a Constituição, as leis e as políticas públicas e promover a dignidade da pessoa humana tanto quando decide pró-fornecimento de medicamento para tratamento de infertilidade, privilegiando o atendimento a uma pessoa, em tese, em detrimento de outras, quanto quando decide contra o fornecimento destas medicações para favorecer outras pessoas com a situação de saúde mais preocupante. Sendo assim, em ambas as situações é possível considerar que a decisão do juiz visa à dignidade da pessoa humana, sendo apenas o ponto de vista diferenciado.²⁷

Algumas outras considerações merecem destaque, quais sejam:

Na classificação internacional de doenças e problemas relacionados à saúde (CID-10), publicada pela Organização Mundial de Saúde para padronizar a codificação de doenças e outros problemas relacionados à saúde, consta como CID 10 – N46 a codificação da Infertilidade masculina e CID10 – N97 a N97.9, codificações relativas à Infertilidade feminina. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010, por sua vez, manifesta que a infertilidade humana é um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas e considera legítimo o anseio de superá-la. Isso demonstra o reconhecimento nacional e internacional de que a infertilidade é uma doença e que deve ser tratada (no caso das pessoas que desejam ter filhos), embora algumas decisões argumentem, para subsidiar a não concessão dos medicamentos, que “não se cogita de comprometimento da saúde da impetrante” (apelação nº 0060910- 65.2010.8.26.0576) ou que “não há risco à subsistência digna da autora” (apelação nº 3001635-87.2009.8.26.0506).

Partindo da idéia de Canotilho (2003, p.451) de que os direitos fundamentais sociais consagrados na constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional, não sendo meros programas ou linhas de direção política e que, portanto, as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e

²⁷ Esse entendimento é possível justamente pelo caráter abrangente desse princípio.

não em promessas vagas e abstratas, o fornecimento de medicação pelo Estado aos hipossuficientes em tratamento de infertilidade estaria, ao menos teoricamente, suportado.

As decisões contrárias ao fornecimento de medicação para tratamento de infertilidade parecem querer demonstrar que fazem ponderação sobre a adequada gestão de finanças para atingir o maior número de pessoas, em detrimento da realização individual de uma pessoa. Enquanto as decisões favoráveis ao fornecimento de medicamentos acolhem cada pessoa na sua individualidade, confirmando o suporte do Estado a todas as pessoas indistintamente.

Os indivíduos estão avocando o direito ao fornecimento de medicações pelo Estado para tratamentos de infertilidade com base em princípios constitucionais gerais e alguns magistrados não têm aceitado essa argumentação genérica, embasando-se no princípio da reserva do possível, segundo o qual os direitos assegurados pela Carta Magna dependem de dotação orçamentária para serem implementados pelo Estado.

Parece haver uma corrente do Poder Judiciário que, defendendo o princípio da reserva do possível e atestando a intervenção mínima do Estado, faz uma ponderação orçamentária pura e simples contrária ao direito de ter qualidade de vida e de realizar um projeto existencial.

O caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. O tema discutido no presente trabalho, por exemplo, deu margem a interpretação subjetiva por parte dos decisores.

Nesse sentido, embora as argumentações jurídicas das decisões analisadas tenham apresentado argumentos normativos para as apoiarem e sustentarem percebeu-se utilização preponderante de argumentação moral, bom senso e sentido de justiça pessoal na construção das sentenças.

Provavelmente ainda haverá muita discussão, quer no âmbito do Poder Legislativo, quer no do Poder Executivo, quer na esfera do Poder Judiciário, até se

chegar a um consenso (se é que se chegará) sobre a questão do fornecimento de medicações pelo Estado aos hipossuficientes em tratamento de infertilidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo?** 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e direitos reprodutivos: desafios para as Políticas de Saúde. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 19 (Sup. 2), p. S465-9, 2003.

BARBOSA, Pedro Marcus Nunes. Um estudo sobre o direito ao planejamento familiar. **Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros**, Rio de Janeiro, ano II, n. 8, p. 5-23, 2010. ISSN 2175-2176. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3814.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo. **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v.11, n.15, p.13-38, nov. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/>> Acesso em: 01 abr. 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf> Acesso em: 26 mar. 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL **Constituição do Estado de São Paulo de 05 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm . Acesso em: 16 out. 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. **Lei Complementar nº 791 de 09 de março de 1995**. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/codigo_de_saude.htm . Acesso em : 13 mar.2012.

BRASIL. **Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. **Resolução nº 1957 de 6 de dezembro de 2010**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 29 maio2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O Problema dos tempos decisórios nas políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, n. 187, p. 21-34, jul./set.2010. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198690/1/000897813.pdf>>. Acesso em 16 out. 2011.

COSTA, Ana Maria; BAHIA, Ligia; CONTE, Danielle. A saúde da mulher e o SUS: laços e diversidades no processo de formulação, implantação e avaliação das políticas de saúde para mulheres no Brasil. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v.31, n.75/76/77, p.13-24, jan./dez.2007.

DADICO, Claudia Maria. Sentença: reprodução assistida. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 5, p. 223-246, 2008. Disponível em: http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev05/revista_05.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n.1, 2009, p. 223 - 251.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FILHO, Roberto Freitas; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Universitas Jus**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil. In FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p 347 – 382.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**, 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16694/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_Direito_Sa%C3%BAde.pdf?sequence=3>. Acesso em: 16 abr. 2012.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

LIMA, Thalita Moraes. **O Discurso Judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse**. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Faculdade de Direito, UniCeub, Brasília, DF, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. In FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 323 -346.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Direitos Fundamentais à saúde sexual e à reprodução: superando a discriminação de gênero. In MENEZES, Joyceane Bezerra. **Dimensões Jurídicas da Personalidade na Ordem Constitucional Brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010. p 27-52.

LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil 2: Direito de Família**. 39. ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009. p 1-21.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Direito à saúde e os “limites” do Estado Social: Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.12, n.2, p.251-266, jul./dez. 2007.

OSIS, Maria José Martins Duarte. Paism: um marco na abordagem da saúde reprodutiva no Brasil. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 14 (Supl. 1): p. 25-32, 1998. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v14s1/1337.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos**, 2006. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20reprodutivos>>. Acesso em: 17 set. 2011.

MARQUES, Sílvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.9, n.2, jul./out. 2008. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792008000200005#top8> Acesso em: 4 nov. 2011.

SÃO PAULO. **Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo**. Projeto de Lei n. 517/2011: Programa de Assistência Básica em Reprodução Humana. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/detalheDeputado?codigo=c408664e89a52010VgnVCM100002e0014ac____&vgnnextoid=4b9115f2ff7a7110VgnVCM100000590014acRCRD#noWhere>. Acesso em: 20 mar. 2012

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação. 1. Fornecimento de medicamentos pela rede de saúde pública. 2. Reprodução assistida. 3. Garantia de direito à saúde pública. 4. Antes de estar sujeitos a normas e procedimentos do Ministério da Saúde, os entes federativos estão sujeitos à CF (art. 196 e 198, § 1º, da CF). 5. Inteligência dos artigos 5º e 196, da CF. 6. O livre exercício da sexualidade e da reprodução humana estão contemplados dentre os direitos civis e políticos que a Constituição Federal reconheceu à cidadania. 7. Por isso não há que serem prestigiadas interpretações restritivas. 8. Sentença de improcedência reformada. 9. Recurso provido. 0459954-63. 2010.8.26.0000. 3ª Câmara. Apelante: Alessandra Cristina Barissa Pizzo. Apelado: Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator (a): Des. Magalhães Coelho. São Paulo, 11, de janeiro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4901829&vICaptcha=hRdYa>> . Acesso em: 25 fev.2012.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação. 1. Disponibilização de tratamento gratuito para a reprodução assistida pela rede pública de saúde. 2. Não fornecimento de medicamentos prescritos para o tratamento. 3. Dever de ponderação entre o direito ao planejamento familiar e o direito à vida. 4. Aplicação, no presente caso, do princípio da reserva do possível. 5. Recurso improvido. 0473079-98. 2010.8.26.0000. 7ª Câmara. Apelante: Ana Lucia Gomes dos Santos Moreira. Apelado: Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator (a): Des. Moacir Peres. São Paulo, 20, de junho de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5226515>>. Acesso em: 25 fev.2012.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação. 1. Ação de obrigação de fazer. 2. Fornecimento de medicamentos coadjuvantes à reprodução assistida. 3. Autora hipossuficiente e acometida de infertilidade primária. 4. Improcedência que se sustenta. 5. Ausência de risco à vida ou à subsistência digna da cidadã. 6. Garantia à saúde que não possui a elasticidade pretendida. 7. Precedentes desta Corte. 8. Recurso Desprovido. 3001635-87. 2009.8.26.0506. 13ª Câmara. Apelante: Ana Paula Agra Cavalcante Costa de Abreu Machado. Apelado: Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator (a): Des. Ivan Sartori. São Paulo, 14, de setembro de 2011. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5442347>>. Acesso em: 25 fev.2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. 1. Pretensão à condenação do Município de Ribeirão Preto e do Estado de São Paulo ao fornecimento de medicamentos para reprodução assistida Improcedência do pedido pronunciada em primeiro grau Decisório que não merece subsistir. 2. Ilegitimidade ativa do Ministério Público. 3. Inocorrência. 4. Possibilidade do ajuizamento de demandas que versem sobre o direito individual indisponível à saúde por parte do *Parquet*. 5. Ilegitimidade passiva dos réus. 6. Inexistência. 6. Qualquer das três esferas de governo, bem como suas respectivas autarquias, pode ser acionada para o cumprimento da norma constitucional. 7. Resistência dos entes públicos. 8. Inadmissibilidade. 9. Garantia de direito à saúde, constitucionalmente erigida como direito fundamental, que não pode ser fruto de interpretações restritivas. 10. Obrigação de fornecimento. 11. Incidência dos artigos 196 da Constituição Federal e 219 da Constituição Estadual. 12. Decisão reformada para se declarar a procedência do pedido. 3005266-05. 2010.8.26.0506. 8ª Câmara. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo por Jeane Baltazar Teixeira. Apelado: Fazenda do Estado de São Paulo e Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto. Relator (a): Des. Rubens Rihl. São Paulo, 5, de outubro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5458490>>. Acesso em: 25 fev.2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. 1. Fornecimento gratuito de medicamento (FSH Recombinante, Synarel e HCG Recombinante) para pessoa hipossuficiente e portadora de Infertilidade Feminina. 2. Responsabilidade conjunta dos entes federativos à prestação de serviços de saúde, que se traduz responsabilidade solidária. 3. Legitimidade ativa do parquet estadual. 4. Direito fundamental à vida e à saúde assegurado pela Constituição Federal. 5. Regime jurídico dos direitos fundamentais. 7. Conflito entre direito fundamental e valor constitucional. 8. Impossibilidade de interpretação restritiva do direito à saúde. Recurso provido. 3001956-88. 2010.8.26.0506. 13ª Câmara. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo por Marcilene Martins Magri. Apelado: Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto e Fazenda do Estado de São Paulo.. Relator (a): Des. Peiretti de Godoy. São Paulo, 19, de outubro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5483690>>. Acesso em: 25 fev.2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. 1. Afastada a pretensão de compelir o Estado ao fornecimento de fármacos que viabilizem o procedimento de fertilização *in vitro*, uma vez que não se destinam ao tratamento de condição patológica que ameace ou infirme a integridade física ou mental da impetrante. 2. Reconhecidas a ausência de direito líquido e certo e a legitimidade da recusa. 3. Precedentes da Corte. 4. Ordem denegada. 5. Recurso improvido. 0060910-65. 2010.8.26.0576. 8ª Câmara. Apelante: Vanessa Rezende Crivelaro. Apelado: Diretor Técnico do Departamento Regional de Saúde de São José do Rio Preto DRS XV. Relator(a): Des.Osni de Souza São Paulo, 1, de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5655407>>. Acesso em: 25 fev.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p 39 -60.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

APÊNDICE A - EMENTAS DAS DECISÕES ANALISADAS

Apelação nº	Ementa
0459954-63. 2010.8.26.0000	AÇÃO ORDINÁRIA - Fornecimento de medicamentos pela rede de saúde pública - Reprodução assistida - Garantia de direito à saúde pública - Antes de estar sujeitos a normas e procedimentos do Ministério da Saúde, os entes federativos estão sujeitos à CF (art. 196 e 198, § 1º, da CF) - Inteligência dos artigos 5º e 196, da CF – O livre exercício da sexualidade e da reprodução humanas estão contemplados dentre os direitos civis e políticos que a Constituição Federal reconheceu à cidadania - Por isso não há que serem prestigiadas interpretações restritivas - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido.
0473079-98. 2010.8.26.0000	MEDICAMENTO - Disponibilização de tratamento gratuito para a reprodução assistida pela rede pública de saúde — Não fornecimento de medicamentos prescritos para o tratamento — Dever de ponderação entre o direito ao planejamento familiar e o direito à vida. Aplicação, no presente caso, do princípio da reserva do possível. Recurso improvido.
3001635-87.2009.8.26.0506	CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO - Ação de obrigação de fazer - Fornecimento de medicamentos coadjuvantes à reprodução assistida – Autora hipossuficiente e acometida de infertilidade primária - Improcedência que se sustenta - Ausência de risco à vida ou à subsistência digna da cidadã - Garantia à saúde que não possui a elasticidade pretendida - Precedentes desta Corte. Recurso Desprovido.
3005266-05.2010.8.26.0506	AÇÃO CIVIL PÚBLICA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS Pretensão à condenação do Município de Ribeirão Preto e do Estado de São Paulo ao fornecimento de medicamentos para reprodução assistida Improcedência do pedido pronunciada em primeiro grau Decisório que não merece subsistir Ilegitimidade ativa do Ministério Público Inocorrência Possibilidade do ajuizamento de demandas que versem sobre o direito individual indisponível à saúde por parte do Parquet - Ilegitimidade passiva dos réus Inexistência Qualquer das três esferas de governo, bem como suas respectivas autarquias, pode ser acionada para o cumprimento da norma constitucional Resistência dos entes públicos Inadmissibilidade Garantia de direito à saúde, constitucionalmente erigida como direito fundamental, que não pode ser fruto de interpretações restritivas Obrigação de fornecimento Incidência dos artigos 196 da Constituição Federal e 219 da Constituição Estadual Decisão reformada para se declarar a procedência do pedido.

3001956-88.2010.8.26.0506	AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Fornecimento gratuito de medicamento (FSH Recombinante, Synarel e HCG Recombinante) para pessoa hipossuficiente e portadora de Infertilidade Feminina. Responsabilidade conjunta dos entes federativos à prestação de serviços de saúde, que se traduz responsabilidade solidária. Legitimidade ativa do parquet estadual. Direito fundamental à vida e à saúde assegurado pela Constituição Federal. Regime jurídico dos direitos fundamentais. Conflito entre direito fundamental e valor constitucional. Impossibilidade de interpretação restritiva do direito à saúde. Recurso provido.
0060910-65.2010.8.26.0576	APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Afastada a pretensão de compelir o Estado ao fornecimento de fármacos que viabilizem o procedimento de fertilização <i>in vitro</i> , uma vez que não se destinam ao tratamento de condição patológica que ameace ou infirme a integridade física ou mental da impetrante. Reconhecidas a ausência de direito líquido e certo e a legitimidade da recusa. Precedentes da Corte. Ordem denegada. Recurso improvido.