

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo

The brazilian state's choice by fundamental right to health: the duty to finance high cost medicines

Andre Studart Leitão

Thiago Patrício de Sousa

Alexandre Antonio Bruno da Silva

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Sumário

| | |
|--|------------|
| I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL | 19 |
| PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED | 21 |
| Roger Matthews | |
| A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL | 37 |
| Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos | |
| TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS..... | 55 |
| Cynthia Cline | |
| CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS | 90 |
| Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos | |
| PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL..... | 114 |
| Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona | |
| A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGENESE E PRÁTICAS PENAIAS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS | 128 |
| André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas | |
| A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ... | 163 |
| Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira | |
| LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES..... | 179 |
| Gabriel Ignacio Anitua | |
| AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS..... | 195 |
| Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho | |
| ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO? | 210 |
| Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne | |

| | |
|--|------------|
| A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO EM MASSA | 228 |
| Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos | |
| A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL | 244 |
| Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler | |
| THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW..... | 261 |
| Nicolás Santiago Cordini | |
| CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS..... | 277 |
| Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek | |
| O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS..... | 290 |
| Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani | |
| POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS..... | 320 |
| Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro | |
| ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL | 337 |
| Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff | |
| DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO..... | 361 |
| Pedro Adamy | |
| O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM..... | 378 |
| Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva | |
| BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA..... | 397 |
| Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos | |
| O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS..... | 422 |
| Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros | |
| UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ..... | 450 |
| Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá | |

| | |
|--|------------|
| A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA..... | 473 |
| Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra | |
| REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT | 495 |
| Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia | |
| CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL | 515 |
| Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho | |
| AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL..... | 531 |
| Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan | |
| A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE..... | 551 |
| Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias | |
| QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL ... | 574 |
| Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux | |
| PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGENHAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO | 605 |
| Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos | |
| II. OUTROS TEMAS | 630 |
| AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 632 |
| Luciano Picoli Gagno e Camilo José d'Ávila Couto | |
| AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN | 649 |
| Jackson da Silva Leal | |
| DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 668 |
| Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro | |

| | |
|--|------------|
| DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE | 690 |
| Rafael Antonio Baldo | |
| A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS..... | 707 |
| Marcelo Quevedo Do Amaral | |
| GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS | 726 |
| Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante | |
| A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS | 746 |
| Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio | |
| A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO..... | 767 |
| Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva | |
| POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL? | 782 |
| Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa | |

A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo*

The brazilian state's choice by fundamental right to health: the duty to finance high cost medicines

Andre Studart Leitão**

Thiago Patrício de Sousa***

Alexandre Antonio Bruno da Silva****

RESUMO

A nova ordem brasileira inaugurada pela Constituição Federal de 1988 trouxe a saúde como um direito de todos e dever do Estado. Este, formado por União, estados-membros, Distrito Federal e municípios. Questiona-se se cabe dentro desse dever estatal a obrigação desses entes de fornecer medicamentos a todos os brasileiros que dele precisem para se curar de suas doenças, até mesmo os mais dispendiosos. Para responder a essa pergunta, revisam-se os diplomas atinentes à matéria, o modo como o Estado obtém receitas, o entendimento construído pelo STF, a partir do fenômeno da judicialização da política, e a literatura relativa a esse tema. Conclui-se que o aumento das despesas pelo ente condenado para financiar uma medicação não é considerado um óbice para o Judiciário condenar o gestor administrativo a fornecer medicamentos de alto custo para um só indivíduo, pois o Estado brasileiro assumiu o dever de cuidar da saúde dos brasileiros e residentes no Brasil, sem qualquer ressalva ao fator financeiro. No entanto, o STF sinaliza que a capacidade financeira do demandante deverá ser considerada como um dos requisitos para a concessão de liminares judiciais que obriguem o ente estatal a arcar com os custos de medicação. Assim, tal posicionamento aponta para uma mudança nesse cenário, que concilia o dever estatal com o princípio constitucional da igualdade material.

Palavras-Chave: SUS. Medicamentos de alto custo. Saúde. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The new Brazilian order inaugurated by Federal Constitution of 1988 brought health as a right for all and as a duty to State. This, formed by Union, member states, Federal District and municipalities. It is questioned whether it is within this duty of the State to obligate these entities to provide medicines to all Brazilians who need them to cure themselves of their illness, even the most costly ones. To answer this question, we review the

* Recebido em 27/10/2017

Aprovado em 19/11/2017

** Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu do Centro Universitário Christus.

Email: andrestudart@hotmail.com

*** Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Faculdade Farias Brito. Especialista em Gestão de Pessoas pelo Centro Universitário Estácio do Ceará. Técnico Ministerial da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará.

Email: thiago.sousa@mpce.mp.br

**** Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Mestre em Informática pela PUC-RJ. Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu do Centro Universitário Christus. Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho.

Email: alexandre.bruno@terra.com.br

literature, the diplomas related to the subject, the way the State obtains revenues and the understanding built by the STF, from the phenomenon of the judicialization of politics. It is concluded that the increase of expenses by the federative entity condemned to finance a medication is not considered an obstacle to the Judiciary to order the administrative manager to provide high cost drugs for a single individual, because the Brazilian State assumed the duty to care for the health of Brazilians and residents in Brazil, without any reservation to the financial factor. However, the STF indicates that the financial capacity of the plaintiff should be considered as one of the requirements for the granting of judicial injunctions that oblige the state entity to bear the costs of medication. Thus, this position points to a change in this scenario, which reconciles the State's duty with the constitutional principle of material equality.

Keywords: SUS. High cost medicines. Health. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Na atual Carta Constitucional brasileira, o direito à saúde encontra-se previsto em seção própria do capítulo da Seguridade Social, especificamente como direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF), classificado como um direito social (art. 6º, CF) e de competência comum de todos os entes federados (art. 23, II, CF)¹.

Nem sempre foi assim. Constitucionalmente, a saúde apareceu no texto de 1934, em seu art. 10, II, com a previsão de que competia, concorrentemente, e não comumente, à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência públicas², excluindo dessa competência o Distrito Federal, os Territórios e os municípios. O texto da Constituição de 1937, por outro lado, só trazia disposições acerca da legislação sobre o tema, prevendo a competência exclusiva da União para legislar sobre saúde (art. 16, II)³. Da mesma maneira, a Constituição de 1946 apenas se ateve à competência da União para legislar sobre saúde (art. 5º, XV, “b”)⁴, disposição que se manteve na Carta de 1967. Todas as Constituições anteriores às de 1988 reservavam, no máximo, dois incisos para tratar do tema da saúde; daí a atual Carta Maior dispor de maneira mais abrangente.

Paralelamente à sucessão desses textos constitucionais e elevação da saúde ao *status* de dever estatal, diversos segmentos da população brasileira sempre padeceram de mazelas, algumas conhecidas, outras não, tais como varíola, meningite, paralisia infantil, câncer, esclerose múltipla, síndrome da imunodeficiência adquirida e, mais recentemente, doenças antes inexistentes no Brasil como a febre zica e o vírus Chikungunya. Todos esses casos terminavam desembocando na precária rede de assistência à saúde pública.

Dessarte, por uma escolha do Estado brasileiro em cuidar da saúde da sua população, partilhando o encargo com todos os entes federados, faz-se imperioso discorrer acerca do atual funcionamento do sistema que custeia a saúde pública no Brasil, partindo-se do seguinte questionamento: é dever do Estado brasileiro custear todo e qualquer risco social da sua população em matéria de saúde? Delimitando-se ainda mais o objeto: é irrestrito o financiamento estatal à medicação de alto custo, assim considerada pelo Ministério da Saúde, da sua população que não pode ter acesso a ela?

Para responder a esses questionamentos, adotamos como metodologia pesquisa bibliográfica de livros, legislação e acervos documentais e jurisprudenciais disponíveis na Internet, acerca das escolhas que o Esta-

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-22142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

2 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 23abr. 2017.

3 BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

4 BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

do brasileiro fez na condução da sua política, os direitos envolvidos, o modo como distribuiu a responsabilidade de cada ente cuidar da saúde da sua população, a composição do orçamento destinado ao alcance dos seus objetivos e a forma como ocorre a efetivação do direito à saúde.

A partir dessa análise, busca-se criticar o atual modo de financiamento da saúde no Brasil pelo Estado e a forma como esse direito vem sendo, de fato, efetivado, a partir da intervenção do Poder Judiciário na condução da gestão do Poder Executivo.

2. A ESCOLHA PELA SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O direito à saúde é doutrinariamente classificado como um direito que integra o rol de direitos humanos, fundamentais e sociais. Na tradicional classificação de Comparato⁵, um direito é humano por ser inerente à própria condição humana; fundamental quando esse direito humano é reconhecido expressamente pela autoridade política e positivado no ordenamento jurídico de um Estado; e social, por ser garantido pelo Estado a uma coletividade determinada ou determinável, a quem o poder público executa uma série de políticas públicas, que visam garantir o amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres, tais como educação, seguridade social e trabalho, que estão expressamente previstos no art. 6º da CRFB/88.

Destarte, além de um direito humano, fundamental e social, a saúde é classificada por Martha Nussbaum como uma capacidade humana central⁶. Em seu livro *Fronteiras da Justiça*, aquela autora utiliza o que ela chama de “enfoque das capacidades” como uma alternativa às abordagens de cunho econômico-utilitaristas, que buscam medir a qualidade de vida de um país de acordo com o seu Produto Nacional Bruto (PNB), parâmetro que desconsidera as desigualdades sociais existentes na distribuição de riqueza e renda — que não é equitativa — e o acesso da sua população às políticas públicas. A proposta do “enfoque das capacidades” é fornecer uma base filosófica para explicar as garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, com o mínimo de respeito que a dignidade humana requer, e que atuam como a fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística.

Essas capacidades humanas centrais muito se assemelham à abordagem dos direitos humanos, porque estão relacionadas à ideia de dignidade humana, em que o ser humano deve ser tratado como um fim, e não como um meio. São constituídas pelo seguinte rol exemplificativo: vida; saúde física; integridade física; sentidos, imaginação e pensamento; emoções; razão prática; afiliação; outras espécies; lazer; e controle sobre o próprio ambiente. Depreende-se dessa lista que a saúde física está intrinsecamente relacionada às demais capacidades, devendo o Estado garanti-las, minimamente, para que a sua população viva com dignidade, sob pena de não ser plenamente justo.

Se traçarmos um paralelo entre as capacidades humanas acima listadas com as frentes de ações do governo federal brasileiro, identificamos que estas encontram-se segmentadas em 26 Ministérios, 4 Secretarias Especiais e 23 Conselhos, em que destacamos para este trabalho 1 Ministério da Saúde, 1 Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 1 Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) e 1 Conselho Nacional de Saúde (CNS)⁷.

Historicamente, a saúde somente ganhou um Ministério de Estado próprio em 1953, quando se separou do Ministério da Educação, sendo instituído pela Lei n.º 1.920, com a finalidade de tratar dos problemas ati-

5 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71-79.

6 NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Traduzido por Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 92.

7 GOVERNO federal é formado por ministérios, secretarias e órgãos especiais. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/governo-federal-e-formado-por-ministerios-secretarias-e-orgaos-es-peciais>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

centes à saúde humana⁸. Mas, antes que isso ocorresse, desde 1919 o Poder Legislativo pleiteava a transformação do Departamento de Saúde Pública em um Ministério da Saúde Pública, mas sua atenção era voltada para a promoção de ações sanitárias e de assistência hospitalar. Apenas em 1930, com o governo provisório que se instituiu com a Revolução de 1930, a saúde pública ganhou o *status* de um Ministério específico, mas dividia seus assuntos com a educação.

Galdino observa que, durante um período totalitário no Brasil, notadamente a partir de 1937, com o Estado Novo, floresceram os direitos sociais, enquanto os direitos individuais não eram tutelados⁹. Nesse contexto, cabe suscitar a classificação que a doutrina constitucionalista faz quanto aos direitos fundamentais, diferenciando-os em três gerações principais. Conforme Ferreira Filho, o termo “gerações” indica os grandes momentos em que se reconhecem famílias de direitos com características jurídicas comuns e peculiares. A 1ª Geração contempla os direitos individuais, civis e políticos; a 2ª Geração abarca os direitos coletivos, sociais e culturais; a 3ª Geração contempla os direitos de solidariedade¹⁰.

Nessa classificação, há, ainda, uma dicotomia acerca da atuação do Estado na efetivação desses direitos em positivo/negativo, ou uma ação/omissão estatal. Os direitos de 1ª geração implicam uma abstenção do Estado, enquanto os de 2ª e 3ª geração exigem uma prestação estatal. De acordo com Galdino, essa positividade refere-se a dispêndio de recursos, enquanto os direitos negativos não gerariam custos para o Estado, pois independem de qualquer prestação pública¹¹. No entanto, essa dicotomia não mais se justifica.

Holmes e Sunstein afirmam que todos os direitos são positivos e, portanto, demandam custos para o Estado¹². Exemplificativamente, analisamos o direito de votar e ser votado. Se esse direito fundamental, enquadrado na 1ª geração, de fato exigisse uma abstenção estatal, sequer poderia ser exercido, haja vista que é o Estado quem disponibiliza urnas, cédulas de votação, juízes eleitorais e funcionários para concretizar esse direito e tudo isso exige custos.

Partindo-se, então, da premissa de que todas as gerações de direitos fundamentais demandam uma prestação estatal, questiona-se: quem possui direito à saúde no Brasil? Segundo o artigo 196 da Carta Maior vigente, todos possuem direito à saúde, e o Estado deve garanti-lo. Nessa acepção de “todos”, fazendo-se uma interpretação sistemática com o art. 196, I, da CRFB/88, chega-se à conclusão de que a saúde é garantida a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

No caso específico do Estado brasileiro, sob a égide da nova ordem inaugurada com a Carta Constitucional de 1988, o direito à saúde pretende ser universal e gratuito, até mesmo para quem pode arcar com os custos de um tratamento dispendioso. Trata-se do principal entrave para a sua devida efetivação, uma vez que a saúde contempla um vasto sistema que envolve todos os entes federativos e vai desde o fornecimento de medicação até a realização de complexos procedimentos cirúrgicos, realizados por um corpo médico custeado pelo Estado brasileiro, para atender à sua população que, em 2016, alcançou o número de 206 milhões de habitantes¹³.

Essa ideia de gratuidade da saúde está diretamente ligada ao modelo paternalista que o Estado brasileiro adotou para tratar com os seus cidadãos. Esse modelo, segundo Dias, Freitas e Leitão, data desde a época colonial, quando era utilizado como forma de controle social dos escravos¹⁴. Conforme aqueles autores, o

8 BRASIL. *Lei n. 1.920, de 25 de julho de 1953*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1920.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

9 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173.

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

11 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 151-152.

12 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999. p. 48.

13 POPULAÇÃO brasileira cresce 0,8% e chega a 206 milhões. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/08/populacao-brasileira-cresce-0-8-e-chega-a-206-milhoes>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

14 DIAS, Eduardo Rocha; FREITAS, Brenda Barros; LEITÃO, André Studart. Inclusão excludente, assistência, educação e pa-

paternalismo implica intervencionismo excessivo do Estado em vários aspectos individuais e coletivos dos seus cidadãos com o objetivo de proteger, a qualquer custo, e de institucionalizar o controle por dependência social. Isso, atualmente, ocorre nos programas assistencialistas do governo federal e também pode ser encontrado na previsão constitucional que dispôs a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. A crítica daqueles autores é porque os gestores brasileiros adotam o paternalismo sem qualquer planejamento ou prévio estudo socioeconômico consistente, criando obrigações que, futuramente, o Estado terá dificuldades ou não poderá cumprir.

Além disso, o próprio termo “saúde” é abrangente. Segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), da qual o Brasil é signatário, saúde não é ausência de doença, mas um estado de completo bem-estar físico, mental e social¹⁵. Tal definição não reduz a abrangência da expressão e, no caso brasileiro, contempla uma rede de atendimento voltada para a realização tanto de ações preventivas como curativas para garantir o bem-estar da sua população.

Assim, diante da impossibilidade prática de se garantir um acesso universal e gratuito à saúde para cada membro da sua população, haja vista que isso demanda elevados custos para o Estado brasileiro, é necessário que se considere o aspecto da equidade na saúde como realização de justiça social. Conforme Amartya Sen, a equidade na saúde é multidimensional, incluindo a distribuição de atendimento, a capacidade de realizar a boa saúde e a justiça processual, com a observância da versatilidade dos recursos e dos arranjos sociais que ligam a saúde à organização da sociedade¹⁶. A equidade é, portanto, mais ampla do que a desigualdade na saúde, onde ricos e pobres podem dispor de mais ou menos recursos financeiros para alcançar o tratamento ou a cura de uma mesma moléstia.

Além de propor um sistema único de saúde universal e gratuita no Brasil, a Carta Magna de 1988 se estruturou no princípio da dignidade da pessoa humana, que alberga vários direitos fundamentais como o de poder usufruir de boa saúde e à vida, que também está relacionado com o direito à saúde, pois um Estado que não garante esse último também não garante o direito à vida e ofende a dignidade do homem. Mas, ao estender a perspectiva individual da pessoa humana para a coletividade, o constituinte, no “*caput*” da Constituição vigente, também garante a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Ao passo que se deve reconhecer que essa igualdade entre eles é formal perante a lei, também se faz mister ressaltar que todos não estão materialmente no mesmo patamar de igualdade e necessitam receber do Estado um tratamento que reconheça as suas desigualdades individuais, e, conseqüentemente, possa lhes prestar mais ou menos atenção para ser justo.

Desse modo, diante da opção do Estado brasileiro por prestar saúde gratuita a todos e da impossibilidade concreta de efetivar essa prestação, implicando uma rede de assistência deficiente e precária, faz-se necessário conhecer o sistema de financiamento à saúde no país e seus entraves à efetivação do disposto no texto constitucional.

3. O SISTEMA DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil trazidos no artigo 3º, I, da sua atual Constituição é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No ensinamento de Machado, legali-

paternalismo. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 306-327, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/479>>. Acesso em: 5 out. 2017.

15 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

16 SEN, Amartya. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Traduzido por Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 90-91.

dade e solidariedade são princípios complementares na tarefa de controlar o Poder, pois, em uma sociedade livre, não se pode prescindir da legalidade, que é uma conquista da civilização contra o arbítrio do Estado. E é porque se deve construir uma sociedade justa que se admite a atuação estatal na promoção da distribuição da renda, sendo o princípio da solidariedade um fundamento para a atuação do Estado¹⁷.

Para alcançar seus objetivos constitucionais, o Estado é financiado, principalmente, pela arrecadação de tributos, e, segundo Machado¹⁸, o gasto público deve ser realizado visando à solidariedade social.

Durante a vigência da atual Constituição Federal, foram criadas, basicamente, duas grandes fontes de custeio para a seguridade social, integrada pela assistência social, previdência e saúde: as contribuições sociais e a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), que esteve vigente no país de janeiro/97 a dezembro/2007.

Esta última foi prevista pela Emenda Constitucional nº 12/96, que alterou o art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sob a alegativa de financiar a saúde por meio do desconto inicial de 0,25% sobre a movimentação de valores e de créditos de natureza financeira, durante o prazo de dois anos, sendo a cobrança da CPMF instituída pela Lei nº 9.311/96. No entanto, quando essa contribuição foi prorrogada por mais três anos por meio da Emenda Constitucional nº 21/99, sua alíquota aumentou para 0,38% nos primeiros doze meses e para 0,30% no restante do período, sendo destinado o percentual de 0,20% para a saúde e o restante da alíquota para o custeio da previdência social. Em sua segunda prorrogação, que aconteceu por meio da Emenda Constitucional nº 37/2002, o produto de arrecadação da alíquota da CPMF passou a ser de 0,20% para a saúde, 0,10% para a previdência social e de 0,08% para o Fundo de Combate e Arrecadação da Pobreza, passando a alíquota a financiar, inteiramente, a seguridade social. A contribuição foi novamente prorrogada pela Emenda Constitucional nº 42/2003 e perdurou até o final de dezembro/2007.

Dessarte, com a extinção daquela contribuição, atualmente a fonte de custeio da seguridade social brasileira, nos termos do art. 195 da CFRB/88, é a proveniente dos orçamentos da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios, além, principalmente, das contribuições sociais oriundas do empregador, do trabalhador, dos segurados da previdência social sobre o benefício que excede o teto do regime geral de previdência, da receita de concursos de prognósticos e do importador de bens ou serviços do exterior. Esse modo plural de financiar a seguridade social é o que se denomina de diversidade da base de financiamento.

De acordo com o escólio de Balera, essa regra de estrutura da base de financiamento pode ser decomposta em elementos objetivo e subjetivo, em que o primeiro compreende a diversidade de fatos que gerarão as contribuições sociais, enquanto o segundo exige a consideração das pessoas naturais ou jurídicas que realizarão as contribuições¹⁹.

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 195, §4º, ainda traz a possibilidade de serem instituídas outras fontes para garantir a expansão ou a manutenção da seguridade social, isto é, a base de financiamento da seguridade pode ser expandida para além daquela prevista no artigo 195 da CFRB/88.

Especificamente no que concerne à saúde no Brasil, a assistência médica pública opera-se por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual não é de todo público, pois ele funciona em parceria com a livre iniciativa do setor privado, em caráter complementar, quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial de uma determinada área, tal como expressamente dispõe o art. 24 da Lei n.º 8.080/90, que regula o funcionamento das ações e serviços de saúde²⁰.

17 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 46.

18 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 48.

19 BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 20-21.

20 BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

Além disso, o art. 2º, §1º, da lei do SUS delimita que o dever do Estado em relação à saúde consiste em formular e executar políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças, bem como estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. No entanto, esta não é uma obrigação exclusiva do poder público, como repisa o §2º do mesmo dispositivo ao enfatizar que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Conforme preconiza o artigo 23, II, da CF/88, é da competência comum da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios cuidar da saúde e da assistência pública. No entanto, cabe à União instituir e arrecadar as contribuições da seguridade social por meio da Receita Federal do Brasil. Concentremo-nos, então, no orçamento da União.

A Carta Constitucional de 1988 traz, em seu art. 165, §5º, III, que o orçamento da seguridade social integra a lei orçamentária anual, que é a lei sancionada pelo Poder Executivo Federal e que estima a receita e a despesa da União para o exercício financeiro anual.

Conforme, também, a Lei Maior, existem percentuais mínimos a serem aplicados à saúde e que, no caso da União, não podem ser inferiores a 15% da Receita Corrente Líquida do respectivo exercício financeiro (Art. 198, §2º, I). Assim, a Lei Orçamentária Anual (LOA) deverá observar esse percentual mínimo para ser aprovada, o que não significa a restrição dos gastos com saúde no exercício financeiro apenas ao que foi orçado na lei, haja vista a possibilidade de se recorrer a créditos adicionais para se obter mais recursos diante de despesas não previstas na lei orçamentária ou que foram previstas de maneira insuficiente, conforme prevê o art. 40²¹ da Lei n.º 4.320/64.

Destarte, é possível apontar a concessão de liminares condenando o Estado a fornecer uma medicação, ou o surto de uma doença que provoque o aumento do atendimento de casos de uma determinada doença em postos de saúde ou em hospitais, para que se desequilibre a tênue relação entre despesas previstas e as receitas efetivamente empregadas no exercício financeiro e se demande créditos adicionais.

Dessa possibilidade de se aditar a LOA, constantemente decorrem vários problemas na administração e repasse dos recursos para a saúde. Eis alguns deles:

O primeiro é que tal cenário de se demandar créditos adicionais anualmente se repete. Some-se a isso a falta de transparência desses gastos pelos gestores públicos. Acerca desse tema, destaca-se que a Lei n.º 8.689/93, que extinguiu o antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), dispunha, em seu revogado artigo 12, que o gestor do SUS, em cada esfera do governo, apresentaria, trimestralmente, ao conselho de saúde correspondente, além das câmaras de vereadores respectivas, assembleias legislativas e às duas Casas do Congresso Nacional relatório circunstanciado sobre sua atuação naquele período, detalhando montante, fonte dos recursos aplicados e auditorias²².

Tal disposição foi revogada em 2012, porém, não era cumprida. Conforme Balera observa, se o preceito do artigo 12 fosse cumprido, em pouco tempo, seria possível mapear a situação e estabelecer políticas de prevenção, recuperação e tratamento²³.

Na avaliação de Balera, o setor de saúde conta com um quantitativo fixo da receita pública de seguridade social, oriundo da receita de impostos, que é de difícil apuração, além da verba resultante da receita das contribuições sociais para a seguridade²⁴.

Nesse sentido, Machado também pontua que o gasto público costuma ser objeto de péssima gestão, em que se verifica o desperdício e a corrupção, razão pela qual por maior que seja a arrecadação, os recursos públicos são

21 Art. 40. São créditos adicionais, as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento.

22 BRASIL. *Lei n. 8.689, de 27 de julho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

23 BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 30.

24 BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 28.

sempre insuficientes, o que enfraquece a ideia de solidariedade como fundamento da cobrança de tributo, uma vez que os contribuintes percebem que a solidariedade não passa de um pretexto para a cobrança do tributo²⁵.

Além do mais, uma das principais críticas ao sistema de financiamento da seguridade social consiste no fato de a própria União receber os recursos das contribuições sociais por meio de um órgão de sua estrutura — Secretaria da Receita Federal do Brasil — e repassá-los para os demais entes federativos.

Para Machado, este não é apenas um problema de direito financeiro, mas de saber quem é o sujeito ativo das contribuições sociais e que ele entende ser o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia que deve ser aperfeiçoada para realizar as finalidades da seguridade social. Contudo, a União apenas repassa para o INSS o necessário para cobrir o seu déficit orçamentário e se apropria do restante arrecadado, configurando o uso indevido do dinheiro destinado à atividade previdenciária, o que fere o caráter descentralizado da administração do orçamento da seguridade social²⁶.

O resultado disso é que a própria União, ao se incumbir de ser arrecadadora, gestora e beneficiária das contribuições sociais, termina por atrair para si o ônus de arcar com a saúde de usuários que incumbiria a outros entes como o município ou o estado-membro onde a assistência deve ser prestada e que não dispõem de tantos recursos financeiros.

Diante desse cenário, além da ausência de uma autarquia independente dos demais entes para arrecadar as contribuições sociais, critica-se, também, a utilização dos problemas da saúde pública no Brasil como chamariz para a criação de tributos e o seu posterior desvirtuamento, como ocorreu no caso da CPMF, ignorando as falhas da estrutura do sistema de arrecadação e repasse das contribuições sociais.

Ao final do ano de 2016, inserida num momento de grave crise financeira no país, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016²⁷, que alterou dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para instituir um novo regime fiscal que limita os gastos públicos e ao qual todos os entes federativos devem se submeter pelos próximos 20 anos. Tal inovação incluiu o artigo 110²⁸, que manteve a necessidade de observância dos percentuais mínimos da Receita Corrente Líquida da União para a saúde e a educação no ano de 2017. No entanto, o artigo, também, estabeleceu que, para os anos seguintes, deverão ser observados os valores mínimos aplicados para aquelas áreas a partir de 2017, os quais serão corrigidos anualmente, segundo o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), com base na inflação acumulada nos últimos 12 meses, encerrada em junho do exercício anterior. Essa metodologia de cálculo somente poderá ser revista pelo Presidente da República no décimo ano de vigência desse regime fiscal, quando poderá propor alterações nela, por lei complementar.

O texto da EC/95, da maneira como foi colocado, cria entraves para a prestação pública à saúde no Brasil, pois desconsidera o crescimento da população brasileira, destinatária desse dever estatal. Além disso, é impossível prever o aparecimento de novas doenças no país, que podem vir a exigir o emprego de mais ações de caráter curativo do Estado. É importante, ainda, ressaltar que a EC nº 95, atualmente, é objeto de ações de controle de constitucionalidade no STF, ajuizadas por partidos políticos, que alegam o ferimento de vários dispositivos constitucionais, notadamente os que tratam dos direitos fundamentais e sociais, restando aguardar o desfecho pelo Poder Judiciário.

25 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 48.

26 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 429.

27 BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

28 Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

4. JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À MEDICAÇÃO VERSUS ORÇAMENTO DO PODER EXECUTIVO

Os direitos sociais são prioritariamente manejados pelo Poder Legislativo, que positiva o ordenamento jurídico, e pelo Poder Executivo, que governa a máquina pública, com base no que foi legislado. No entanto, uma vez que eles falhem nas suas funções típicas, o Poder Judiciário pode ser acionado por meio de remédios jurídicos específicos, constitucionalmente previstos na ordem interna, como o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança e ações próprias de controle de constitucionalidade, a agir e corrigir uma omissão ou uma ilegalidade praticada pelos dois outros Poderes.

Assim, dadas as limitações de ordem financeira para que o Estado preste assistência à saúde de maneira plena, é muito comum que, diariamente, o Judiciário brasileiro receba muitas ações para que o Estado, seja ele a União, um estado-membro, ou um município, custeie um tratamento dispendioso ou forneça uma medicação de alto custo em nome do direito à saúde. Nesse momento, os juízes deverão sopesar o direito à saúde, e inevitavelmente, à vida do demandante, diante de questões orçamentárias do ente ou entes demandados, restando a solução de tal demanda ao casuísmo de cada ação, e de onde é medido o grau de responsabilidade de cada ente.

Nesse momento, opera-se o que Galdino define como justiciabilidade, nome dado à exigibilidade que representa a possibilidade de acesso ao aparato jurisdicional para tutela daquilo que se reconheça como direito subjetivo do indivíduo²⁹. Além disso, aquele autor reconhece que, no ordenamento jurídico brasileiro, todos os direitos fundamentais são dotados de exigibilidade em sede judicial.

Na doutrina pátria, o mínimo existencial tem sido frequentemente referido como o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais sociais, reforçando a ideia de exigibilidade das prestações materiais perante o Judiciário. A ideia de um núcleo essencial de uma norma jusfundamental surge como uma categoria desenvolvida com a finalidade de proteger o conteúdo dos direitos fundamentais frente a qualquer restrição.

É preciso ressaltar que nem sempre um direito fundamental social terá como núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. Entretanto, no caso do direito à saúde a correspondência entre o núcleo essencial e o mínimo existencial é clara.³⁰ O direito à saúde integra o núcleo mínimo existencial à concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Descabe a alegação de impossibilidade de fornecimento de medicamento em virtude da necessária adequação ao caráter programático da norma e das restrições orçamentárias. Não é razoável sobrepor tais questões ao pleno exercício do direito à saúde.

Além disso, nem as normas constitucionais referentes ao direito à saúde e nem a lei do SUS, que apenas prevê o modo como esse dever será desenvolvido pelo Estado, fazem qualquer ressalva expressa a questões de ordem econômica, financeira ou orçamentária como um limite de atuação do dever estatal. A própria jurisprudência sumulada pelos tribunais é silente acerca de qualquer condicionamento à prestação de medicamentos à prévia reserva orçamentária. Desse modo, qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil pode acionar o Poder Judiciário e requerer que o ente federativo lhe custeie uma medicação, em nome do direito à saúde, do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, independentemente das ações programadas pelo Poder Executivo para as suas diversas áreas de atuação.

Há, no entanto, algumas súmulas que foram editadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Rio Grande do Sul), relativas a questões procedimentais do direito à saúde, das quais destacamos a súmula nº 98³¹, que traz, como regra, o registro da medicação solicitada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária

29 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 145.

30 SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; MODENA, Ana Isabel. *Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais Sociais*. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., *Anais...*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2237.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

31 Súmula 98/TRF – 4ª Região: Ressalvadas as hipóteses excepcionais, o registro na Anvisa constitui condição necessária ao for-

(Anvisa); e a súmula nº 101³², que prevê a necessidade de produção de provas para atestar a adequação e a necessidade do pedido para o deferimento judicial. Observa-se, assim, que o indeferimento de pretensões em ações envolvendo a saúde está muito mais ligado a questões formais, do que necessariamente à indisponibilidade do dever prestacional do ente.

Por estar intrinsecamente ligado ao direito à vida, não é difícil de se comprovar judicialmente a situação de perigo que o atraso no fornecimento de uma medicação pode acarretar à saúde do paciente — a fumaça do bom direito e o perigo do dano iminente e irreparável — e, conseqüentemente, obter uma liminar determinando que o ente demandado forneça a medicação requerida. Conforme observa Amaral, é difícil que uma pessoa negue a pretensão buscada sabendo que essa negativa pode acarretar na perda de uma vida³³.

Por sua vez, o STF, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, acerca da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, teceu considerações acerca da cláusula da “reserva do possível” na promoção de políticas públicas pelo Estado brasileiro para a concretização dos direitos de segunda geração.

Originalmente, a reserva do possível surgiu no Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1972, no julgamento de dois controles concretos acerca da constitucionalidade das normas estaduais que limitavam a admissão ao curso superior de medicina nas universidades de Hamburg e da Baviera³⁴. Naquele julgamento, a questão da reserva do possível consistia naquilo que o indivíduo pode, racionalmente falando, exigir da coletividade. Já no texto da ADPF nº 45, o Ministro relator Celso de Mello ponderou que a cláusula da reserva do possível é composta por um binômio que compreende “(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”³⁵. Ausentes um dos elementos desse binômio, descaracterizada estaria a possibilidade estatal de realização desses direitos.

Dessarte, a interpretação do Tribunal brasileiro acrescentou o requisito financeiro para o Estado efetivar as políticas públicas previstas em sua Carta Constitucional, o que é apontado por muitos críticos como uma distorção do instituto da reserva do possível que, na Alemanha, está intrinsecamente relacionado à razoabilidade de se exigir uma prestação individual estatal em face da coletividade. Por outro lado, no mesmo texto da ADPF nº 45, o Ministro Celso de Mello abre como possibilidade de se acionar o Poder Judiciário quando os demais Poderes agirem de modo irrazoável ou com a clara intenção de neutralizar a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, atingindo o núcleo de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.

Em suma, o STF estabeleceu critérios para a reserva do possível, ao mesmo tempo que garantiu o acesso do indivíduo pela via judiciária quando o Estado lhe houver recusado, injustificadamente, a fruição de bens de segunda geração. Isso é muito vago e amplia ainda mais as divergências doutrinárias sobre o tema da reserva do possível, em vez de pacificá-las, pois o que seria, afinal, agir de modo irrazoável? Seria o gestor público fazer mau uso do dinheiro público? Desviá-lo em proveito próprio? E isso deve ser previamente comprovado em uma sentença judicial para então requerer a prestação de um medicamento de alto custo? Prestação esta limitada ao valor do que foi desviado ou que será ressarcido pelo mau gestor?

necimento de medicamentos por decisão judicial.

32 Súmula 101/TRF – 4ª Região: Para o deferimento judicial de prestações de saúde não inseridas em um protocolo pré-estabelecido, não basta a prescrição do médico assistente, fazendo-se necessária a produção de provas atestando a adequação e a necessidade do pedido.

33 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001. p. 25.

34 MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traduzido por Beatriz Henig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45*. Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF n. 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - “Reserva do Possível” (Transcrições)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Desse modo, dada a sua amplitude de interpretação, o critério da reserva do possível, da forma como exposto na ADPF, termina por não restringir efetivamente a prestação estatal dos direitos de segunda geração. O resultado disso é que os juízes julgam conforme o que está previsto no ordenamento jurídico, diante daquele caso concreto, independentemente do orçamento estatal.

Segundo Holmes e Sunstein, diante de um problema individual trazido em uma ação, não é possível o juiz mensurar a urgência dele diante de outros problemas sociais que competem entre si pela atenção do governo — e que ele desconhece — ou mesmo levar em consideração o teto anual de gastos previstos pelo governo naquela área. Eles defendem que os direitos são relativos porque demandam custos, não pretensões absolutas, e sugerem que as decisões judiciais sejam tomadas levando em conta os custos do orçamento³⁶. Foi inclusive citando a ideia desses dois autores que o Ministro Celso de Mello fundamentou o relatório da ADPF nº 45.

Contudo, não é esta a visão dos juízes. De acordo com Galdino, os efeitos econômicos das decisões judiciais sequer são considerados, até porque o juiz limita sua visão às pretensões postas pelas partes, ignorando os efeitos sociais, até mesmo por não dispor de instrumentos mínimos para prever as consequências dos seus julgados. Eis porque costuma-se afirmar que um juiz pensa num caso individual, enquanto o gestor do Executivo pensa no coletivo³⁷.

Ilustrativamente, em 2009, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu um pedido de suspensão de liminar ajuizado pelo estado da Bahia contra decisão interlocutória que o condenou juntamente com o município de Camacan a fornecer o medicamento NAGLAZYME para duas crianças pelo período mínimo de um ano. O Ministro não acatou o argumento utilizado pelo procurador daquele estado de que aquela decisão provocaria grave lesão à ordem e à economia públicas, além da possibilidade do efeito multiplicador de decisões como aquela, e o rebateu alegando que o alto custo do medicamento não é motivo para não fornecê-lo³⁸.

Esse cenário, no entanto, está prestes a ser modificado com a inclusão de um novo elemento a ser ponderado pelo Poder Judiciário: a situação econômica do demandante. Atualmente, tramitam no Supremo Tribunal Federal dois Recursos Extraordinários – RE 566471 e RE 657718 — sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, acerca do acesso a medicamentos de alto custo pela via judicial, quando a medicação solicitada judicialmente não constar no rol estabelecido pelo Ministério da Saúde. Em ambos os recursos, o ministro relator se manifestou pelo seu improvimento em sessão ocorrida na data de 15 de setembro de 2016, opinando pelo dever do Estado de fornecer os medicamentos, ainda que não registrados na Anvisa, desde que comprovadas a imprescindibilidade da medicação e a incapacidade financeira do paciente e de sua família. O julgamento encontra-se suspenso desde então, em virtude de um pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso³⁹.

Independentemente do resultado daqueles recursos, o relator já sinalizou que é necessária a observância da situação econômica do demandante para custear a compra da medicação, desde que não implique prejuízo do seu sustento. Seria, assim, um modo de conjugar o dever estatal da saúde com o princípio da igualdade material.

Como explanado no tópico anterior, a União é quem recebe os recursos destinados à seguridade social no Brasil e quem efetua os repasses devidos à saúde, sendo fácil concluir que ela, normalmente, é deman-

36 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999. p. 95-98.

37 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 161.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n.319/BA. Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes. *Jusbrasil*. Data de julgamento: 28/10/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135267/suspensao-de-liminar-sl-319-ba-stf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

39 BRASIL. Supremo Tribunal federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

dada judicialmente em conjunto com outro ente (Estado-membro e município) e é quem suporta o maior ônus das decisões judiciais que obrigam a prestar a medicação requerida, seja através de uma liminar ou de uma sentença de mérito.

Cabe repisar que a obrigação de prestar assistência à saúde a todos foi uma escolha do Estado brasileiro, remetendo para aquilo que Galdino aborda como escolha trágica, porque, diante da escassez de recursos financeiros para proteger todos os direitos, o Estado escolheu quais direitos tutelar, alocando recursos para tanto, em detrimento de outros direitos que não serão protegidos⁴⁰. Nesse caso, conforme Amaral pontua, se o Estado está sempre obrigado a ter recursos para atender às pretensões que lhe são demandadas, deve-se reconhecer também o direito dele de obter esses recursos⁴¹ e, como abordado anteriormente, além dos tributos já existentes, o texto constitucional também permite a criação de novos tributos para o financiamento da seguridade social.

Por fim, o Estado pode ser demandado judicialmente a financiar uma medicação de alto custo em um caso específico, mas é livre para, também, criar receitas de novos tributos para financiar a seguridade social e, conseqüentemente, essas decisões judiciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dever de prestar assistência à saúde dos brasileiros e residentes no país foi uma opção política do constituinte brasileiro. Mas, ao criar essa obrigação para si, o Estado o fez sem qualquer ressalva que indicasse uma limitação de custos para o momento de efetivá-la, nem no texto constitucional, nem nos diplomas normativos que regulamentaram o direito à saúde; daí porque, da maneira como foi positivado no ordenamento jurídico interno, esse dever é irrestrito. As eventuais limitações a esse dever, portanto, referem-se aos seus destinatários, conforme expresso no artigo 196 da CRFB/88.

Ao deparar-se com uma demanda individual ajuizada por um autor hipossuficiente que pede ao Estado o fornecimento de medicação prescrita por um médico, o juiz não deverá esbarrar em entraves de ordem econômica. Ao contrário, com fundamento na dignidade da pessoa humana, deverá resguardar o direito à saúde.

A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no processo de efetivação de políticas públicas dos direitos sociais e que são de competência dos Poderes Executivo e Legislativo advém da aplicação do texto constitucional e da própria lei que regulamenta o Sistema Único de Saúde no país. Ambos os diplomas, em nenhum momento, trazem a expressão “limitado ao teto da lei orçamentária” para cumprir a assistência à saúde, o que possivelmente não deixaria dúvidas para o seu intérprete para conciliar a saúde com o custo estatal daquele direito.

Doutrinariamente, tentou-se fazer isso adaptando para o Brasil a questão da reserva do possível, importada da Alemanha, acrescentando-se o fator financeiro para limitar a obrigação estatal. Isso restou inexistente, haja vista que no próprio voto do Ministro que defendia a observância da situação financeira do ente, abriu-se a possibilidade de o Poder Judiciário ser acionado se o Estado-administração lhe houver recusado, injustificadamente, a fruição de direitos de segunda geração. Ademais, o próprio STF, em manifestações futuras, salientou que o alto custo de um medicamento não é motivo para o ente demandado não fornecê-lo.

No entanto, seria utópico responsabilizar o ordenamento jurídico pela tensão entre Poderes, ou mesmo aguardar que o STF resolva, definitivamente, a questão com o julgamento dos recursos extraordinários

40 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 211.

41 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 37.

mencionados acima, pois seria, de certa forma, judicializar a solução de um problema que pode em parte ser solucionado com o emprego de ações do gestor público, especialmente de fiscalização. Uma vez condenado a fornecer uma medicação de alto custo, nada impede que o Poder Executivo venha a criar políticas para acompanhar rigorosamente a necessidade da sua manutenção ao paciente.

Além disso, essa fiscalização, também, deve ser possível para a sociedade acompanhar a gestão da seguridade social, tal como previsto em lei. Ressalte-se, ainda, que o atual modo de captação e gestão dos recursos financeiros para a seguridade social é duvidoso, tendo em vista que a própria União recebe e repassa para os demais entes os valores arrecadados, apropriando-se de parte desses recursos e empregando-os em áreas outras que não a seguridade social. Também é questionável que se venha a criar um tributo tendo como chamariz a necessidade de financiar a saúde e, uma vez conseguida a sua implantação, distorcê-lo, para vir a financiar a seguridade social como um todo, tal como ocorreu com a extinta CPMF.

Em suma, deve-se reconhecer as falhas de todo o sistema de financiamento da saúde para torná-lo sustentável e não atacar a judicialização das políticas públicas, baseada no que está disposto em texto constitucional.

O que parece possível do ponto de vista judicial é a inserção, dentre os requisitos para a concessão de liminares, da necessidade de se comprovar a incapacidade financeira do paciente para a aquisição das doses de medicamentos necessárias para o seu tratamento. Tal parâmetro somente pode ser medido no caso concreto. Por outro lado, seria um critério confiável, do ponto da justiça processual, para o alcance da equidade na saúde e, conseqüentemente, para a realização de justiça social.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001.
- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-22142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 23abr. 2017.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 1.920, de 25 de julho de 1953*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1920.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.689, de 27 de julho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45*. Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF n. 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - “Reserva do Possível” (Transcrições)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 319/BA. Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes. *Jusbrasil*. Data de julgamento: 28/10/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135267/suspensao-de-liminar-sl-319-ba-stf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Eduardo Rocha; FREITAS, Brenda Barros; LEITÃO, André Studart. Inclusão excludente, assistência, educação e paternalismo. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 306-327, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/479>>. Acesso em: 5 out. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GOVERNO federal é formado por ministérios, secretarias e órgãos especiais. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/governo-federal-e-formado-por-ministerios-secretarias-e-orgaos-especiais>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Traduzido por Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

POPULAÇÃO brasileira cresce 0,8% e chega a 206 milhões. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/08/populacao-brasileira-cresce-0-8-e-chega-a-206-milhoes>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

SEN, Amartya. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Traduzido por Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; MODENA, Ana Isabel. Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais Sociais. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., *Anais...* Disponível em: <http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2237.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.