Hélcio Corrêa

QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE A DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS PELO PODER PÚBLICO

CONTROVERSIAL ISSUES ON THE LEGAL DECISION THAT IMPOSES THE PROVISION OF EXCEPTIONAL DRUGS BY THE GOVERNMENT

Oscar Valente Cardoso

RESUMO

Trata das consequências da omissão do Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde. Aborda noções básicas sobre direitos fundamentais e sua efetivação, sobre controle de políticas públicas, necessidade de escolhas trágicas e reserva do possível, baseando sua pesquisa na doutrina especializada, nas normas regulamentadoras do direito à saúde e em decisões do STF e do STJ.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; direitos fundamentais; direito à saúde; política pública; Lei n. 8.080/90; Sistema Único de Saúde (SUS).

ABSTRACT

The author discusses the consequences of governmental omission in the provision of basic rights, among which lies the right to health. He refers to some primary notions on basic rights and their provision, to the control of public policies, to the need of making tragic choices and the reserve of possibilities, basing his research on the legal doctrine, on norms that institute the right to health and on both the Supreme Court and the Superior Court rulings.

KEYWORDS

Constitutional Law; basic rights; right to health; public policy; Law No. 8,080/90; Brazilian public health system (SUS).

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde, como outros direitos fundamentais previstos na Constituição (como a segurança, a educação, o trabalho e a moradia), não é regulamentado pelo Legislativo de modo a garantir a necessária concretização, tampouco é efetivado de forma satisfatória pelo Executivo. Em consequência, aqueles que são privados do exercício de seu direito buscam no Judiciário o preenchimento de tais omissões.

Porém, o Judiciário não pode atuar de forma ilimitada, sem observar as normas pertinentes que os agentes administrativos incumbidos de efetivar tais políticas públicas devem respeitar. E essa questão é tão importante quanto a competência para o cumprimento dessas políticas, pois implica a delimitação do âmbito de atuação judicial.

Neste artigo, serão analisadas questões essenciais sobre os direitos fundamentais e sua efetivação, o direito à saúde, o controle de políticas públicas, as necessidades de escolhas trágicas, a reserva do possível, a responsabilidade da família na efetivação do direito à saúde, entre outros assuntos pertinentes ao estudo do tema proposto.

Provavelmente há mais perguntas do que respostas ao longo do texto, tendo em vista que a efetivação dos direitos fundamentais envolve escolhas políticas do Legislativo e do Executivo, que nem sempre derivam de uma decisão consciente na busca pelo interesse público. Contudo, busca-se contribuir para o estudo da matéria, com argumentos favoráveis e contrários à efetivação judicial do direito à saúde e suas restrições.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, OMISSÃO DO EXECUTIVO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Preliminarmente, é necessário tecer algumas considerações gerais sobre a omissão do Executivo na concretização de direitos fundamentais, bem como na possibilidade – ou não – de o Judiciário interferir nessa efetivação.

Comparando com aqueles direitos reputados não fundamentais, João dos Passos Martins Neto (2003, p. 79) conceitua os direitos fundamentais como sendo subjetivos privilegiados, ou seja, que se encontram em uma situação diferenciada no ordenamento jurídico. Essa distinção se dá, nas suas palavras, [...] *através da elevação daqueles à condição de direitos subjetivos dotados, a um só tempo, de uma situação normativa preferencial e de uma proteção maior que a normalmente conferida aos restantes direitos, com o que se lhes proporciona um relevo singular no sistema jurídico*. Entre os privilégios conferidos aos direitos fundamentais, o autor destaca a existência de limites materiais à sua reforma pelo poder constituinte derivado e pela legislação infraconstitucional.

George Marmelstein (2008, p. 20) designa-os como sendo [...] *normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, como merecedora de uma proteção especial*. Já Canotilho (1996, p. 517) define os direitos fundamentais a partir de sua distinção com os direitos humanos: *As expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta*.

Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 33-34) realiza distinção semelhante: *Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)*.

Jorge Miranda (2000, p. 7) inicialmente restringe os direitos fundamentais àqueles constitucionalmente previstos: *Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material* [...]. Porém, como visto na parte final de sua assertiva, admite a existência de direitos fundamentais não positivados em um documento formal, mas previstos em normas materialmente constitucionais.

Apesar de sua extensão subjetiva, os direitos fundamentais também possuem um caráter objetivo, considerando que não se limitam a produzir seus efeitos somente para assegurar um direito individual no caso concreto [...].

Apesar de sua extensão subjetiva, os direitos fundamentais também possuem um caráter objetivo, considerando que não se limitam a produzir seus efeitos somente para assegurar um direito individual no caso concreto, tendo também reflexos autônomos sobre a atuação dos poderes públicos (em sua efetivação) e o ordenamento jurídico. Exemplificando, Canotilho (1996, p. 534) afirma que [...] *a norma garantidora da liberdade de escolha de profissão garante, prima facie, um direito subjectivo, mas as restrições impostas pelo interesse colectivo e as inerentes à capacidade fazem dela também um princípio (na medida do possível, deve assegurar-se o direito à liberdade de escolha de profissão)*.

Destaca-se também que os direitos fundamentais não necessariamente implicam uma atuação do Estado, podendo ser divididos em direitos negativos (ou de defesa, que demandam o respeito e a não interferência do Poder Público sobre os direitos de seus cidadãos) e positivos (ou prestacionais, porque exigem uma prestação estatal, de natureza fática ou normativa).

Podem ser opostos não somente ao Poder Público, para não impedir o seu exercício ou certificar a sua efetivação, mas também entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), como os direitos à vida, de personalidade, inviolabilidade do domicílio etc.

Por outro lado, os direitos não se confundem com as garantias fundamentais, que são os meios processuais disponíveis para assegurar o cumprimento daqueles. Nesse sentido, o inc. XLI do art. 5º da Constituição preceitua que atos de violação ou discriminação atentatória dos direitos fundamentais devem ser punidos, conforme previsão legal.

A despeito de ser um direito fundamental, a saúde (assim como a educação, a segurança pública, entre diversos outros) não é satisfatoriamente assegurada pelo Executivo, transferindo-se ao Judiciário a incumbência de determinar a sua satisfação em casos concretos levados à sua apreciação. Ressalta-se que a Constituição de 1988 incluiu os direitos sociais (nos quais a saúde está inserida) entre os direitos fundamentais (arts. 5º/17, Título II).

[...] *mesmo reconhecendo que a opção do constituinte não tem viabilidade no cumprimento, não se pode deixar de ignorar as falhas do Legislativo e do Executivo na concretização dos direitos fundamentais.*

Michel Villey (2007, p. 5-6) critica a amplitude conferida aos direitos fundamentais, que acaba por inviabilizar a sua própria efetividade: *a) Os 'direitos do homem' são **irreais**. Sua impotência é manifesta. A Constituição Francesa ou seus preâmbulos proclamam o direito ao trabalho, há na França um milhão e meio de desempregados, que nem por isso estão mais avançados. E terem inserido na Carta pretensamente universal das Nações Unidas direitos a participar dos negócios públicos, das eleições livres, dos lazeres, da cultura assim como da abastança, digamos que no Camboja ou no Sahel, e em três-quartos dos países do globo, essas fórmulas são **indecentes**!*

*O erro delas é **prometer** demais: a vida, a cultura, a saúde igual para todos: um transplante do coração para todo cardíaco? Haveria, só com o direito de todo francês 'à Saúde', com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais! O dissidente soviético Bussowski, maravilhou-se ao ver proclamado nos Estados Unidos o 'direito à felicidade'. O que pensar, perguntava ele, se a felicidade do Senhor X... é matar a mulher dele?*

*As promessas das Declarações têm ainda menos possibilidades de ser cumpridas porque suas formulações são incertas, **indeterminadas**. Concedem-nos a 'liberdade': termo cuja definição nos extenuamos em procurar. É verdade que os textos especificam, eles nos gratificam com a liberdade 'de expressão'. Mais uma promessa impossível! E seria errado deduzir daí que serão toleráveis as provocações às violências racistas, ou os falsos testemunhos* (grifo do autor).

Logo, reitera-se, em princípio, essa efetivação indiscriminada de todos os direitos fundamentais para todas as pessoas, em qualquer situação, pode tornar impossível a sua concretização. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 50) sustenta que [...] *toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia*. Exemplificativamente, se for utilizado o mesmo raciocínio atualmente aplicado pelos tribunais pátrios ao direito à saúde para o direito ao trabalho, poderia o Poder Público obrigar uma empresa, incondicionalmente, a contratar mais empregados? Ou podem o Executivo e o Legislativo ser compelidos pelo Judiciário a criar mais cargos na Administração Pública, somente para efetivar o direito ao trabalho, também um direito fundamental assegurado pela Constituição, inserido no mesmo dispositivo que garante o direito à saúde (*caput* do art. 6º)? O mesmo raciocínio aplica-se à habitação, à educação, à segurança pública etc.

De outro lado, não se pode utilizar esse discurso de forma absoluta, impedindo que qualquer decisão do Judiciário interfira nas opções do legislador, o que impediria, por exemplo, a condenação do DNIT a ressarcir uma pessoa pelos danos causados em seu veículo, em decorrência da má conservação de uma rodovia, ou a concessão de um benefício previdenciário indevidamente indeferido pelo INSS. Não se pode afirmar *a priori* que todos os atos do administrador público são legítimos, não violam direitos individuais ou coletivos, e estão em conformidade com o mundo fático; tal presunção, como se sabe, é relativa, e o citado art. 5º, XLI, da Constituição, garante a punição dos atos de violação aos direitos fundamentais.

As colisões jocosamente referidas por Michel Villey (direito à felicidade x direito de matar o cônjuge, direito à liberdade de expressão x manifestação racista ou falso testemunho) podem ser, em tese, resolvidas pelo critério da ponderação de interesses, em cada caso concreto. De um lado, o conflito entre regras é solucionado normalmente com fundamento na teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio (1996, p. 81-97), que propõe a solução das antinomias por meio dos critérios cronológico (lei posterior derroga lei anterior), hierárquico (a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a anterior) e da especialidade (a lei específica prepondera sobre a lei geral). De outro, o conflito entre princípios é resolvido pelo critério da ponderação (em contraposição à subsunção das regras), não havendo antinomia, levando-se em conta o peso relativo de cada um em determinado caso concreto, não ocorrendo a revogação de um pela aplicação do outro. Ainda, pode ocorrer que mais de um princípio incida concomitantemente, produzindo parcialmente seus efeitos jurídicos.

Porém, na prática, não há como se sustentar objetivamente o acerto desse critério, que envolve essencialmente o conflito entre juízos de valor, que podem ser ambos legítimos e com base constitucional. É evidente que os casos práticos extremos mencionados por Villey têm uma solução mais simples, todavia, como resolver questões, por exemplo, quando a única prova que demonstre o direito da parte tenha sido obtida por meios ilícitos. Pode ser conferido o mesmo peso quando essa prova ilícita comprove a inocência do réu em processo penal? Pode-se conferir um mesmo valor a uma prova obtida por meio de tortura àquela alcançada mediante interceptação telefônica, ou à obtida mediante furto, por se encontrar em poder da parte adversa, que tem interesse em ocultá-la, por lhe ser desfavorável? (CARDOSO, 2008, p. 78-85).

Destaca-se também o entendimento de que o acesso aos programas públicos de saúde se trata de um **direito**, e não de um **poder** absoluto, sem quaisquer limites (LIMA, 2006, p. 116-131).

Ainda, mesmo reconhecendo que a opção do constituinte não tem viabilidade no cumprimento, não se pode deixar de ignorar as falhas do Legislativo e do Executivo na concretização dos direitos fundamentais.

Recentemente, foi noticiada, no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal (2009), a continuidade de diversas omissões legislativas na implementação de leis regulamentadoras de direitos previstos na Constituição, referentes a processos (mandados de injunção ou ADI por omissão) já julgados por aquele tribunal. Entre eles, destacam-se o aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI (decidido em cinco ações), o direito de greve de servidores públicos, referido no art. 37, VII (resolvido em três mandados de injunção) e o direito à aposentadoria especial para os servidores públicos, garantido pelo § 4º, III, do art. 40, e que também depende da edição de lei específica.

Em decorrência das omissões do Executivo e do Legislativo, há quem sustente a existência de uma "política judicial de medicamentos", diante da proliferação de ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos, o que causa uma interferência indevida do Judiciário na política nacional de medicamentos (ZANDONÁ, 2008).

A partir daí, pode-se extrair outra indagação: essa "política judicial de medicamentos" é democrática, em comparação com a política nacional de medicamentos efetivada pelo Executivo, nos termos da lei elaborada pelo Legislativo?

Costuma-se invocar, para justificar a opção do Executivo, a necessidade de "escolhas trágicas", que consiste em optar por concretizar determinados direitos, para algumas pessoas, em detrimento dos direitos de outras.

Nagibe de Melo Jorge Neto sustenta que o processo judicial é mais aberto do que o processo legislativo, pois envolve a participação da pessoa que pleiteia o medicamento, do(s) ente(s) públicos contra quem se pretende o fornecimento, e do Estado-Juiz. No processo legislativo, todavia, a norma não decorre necessariamente da vontade popular (ou de seus representantes), mas normalmente de *lobbies* e de outras influências. Consequentemente, a decisão judicial reflete a dialética entre as partes exercidas no processo, no qual a pessoa interessada atua (diretamente ou por meio de seu advogado), pode ser ouvida e ter seu direito efetivado rapidamente, o que certamente não ocorre no processo legislativo; logo, as "decisões políticas" não devem ser restritas aos representantes do povo, devendo ser admitida a participação direta deste, sendo o processo judicial um dos mecanismos para alcançá-la (2008, p. 19-25 e 105-141). Ressalta o autor que [...] *a decisão judicial como fruto de um discurso racional, aberta a todos os membros da sociedade é um importante instrumento de efetivação da democracia participativa* (2008, p. 143).

Acrescenta-se a tais ideias que as opções legislativas, além de normalmente refletirem determinados interesses (e provavelmente por isso), nem sempre têm entre seus fins a melhoria das condições de saúde e de vida da população.

Exemplificando, em 22/12/2008, foi realizado o pregão publicado no Edital n. 142/2008, do Ministério da Saúde, para a aquisição de 15 milhões de embalagens sachê de gel lubrificante, no valor aproximado de R$ 40 milhões.

Ademais, o Ministério da Saúde (2008) também propala a maior compra de preservativos já realizada no mundo por um governo, com a meta de ultrapassar a aquisição de um bilhão.

Por outro lado, os Executivos federal, estadual e municipal relutam em fornecer medicamentos em situações de risco de morte...

Costuma-se invocar, para justificar a opção do Executivo, a necessidade de "escolhas trágicas", que consiste em optar por concretizar determinados direitos, para algumas pessoas, em detrimento dos direitos de outras. A própria existência de políticas sociais, por si só, já implica nas escolhas trágicas, pois decorre de opção por determinadas políticas públicas, em detrimento de outras.

Esse entendimento foi desenvolvido por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2000, p. 55), (que utilizam apenas a expressão *choice*, não mencionando expressamente as *tragic choices*), na obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, na qual sustentam que escolher 'x' sobre 'y' significa desistir de 'y', que, se for a alternativa perdida mais valorizada, é definido como o custo de escolher X. Destacam os autores que *quando um direito é efetivado, alguém ganha e alguém perde. A aplicação de um direito* [...], *é 'aceita' pela parte vencida porque essa parte não tem escolha, ou seja, porque todo o poder do Estado está ao lado do detentor do direito e, portanto, contra a parte vencida*.

Em outras palavras, o ato de escolha para fazer valer um direito, como todas as escolhas, tem um custo. Até mesmo os direitos negativos têm custos, pois, para assegurar o direito de propriedade dos indivíduos, o Estado deve manter a ordem pública e o respeito recíproco entre os proprietários, e coercitivamente desestimular terceiros de desrespeitá-lo, e para isso existem gastos. Pergunta-se: que custo seria esse, e como suportá-lo? Considerando que a aplicação dos direitos gera despesas, os direitos em si também têm custos (por exemplo, o direito à segurança pública implica a manutenção de um aparato policial). No próprio título da obra já há uma indicação da forma de satisfação dos custos: "por que a liberda-

de depende dos tributos". Ou seja, para assegurar os direitos, a Administração Pública precisa criar fontes de receita, sendo a principal delas a arrecadação tributária. Em contrapartida, para o cidadão ter seus direitos efetivados, deve pagar tributos. Nesse sentido, *o financiamento dos direitos fundamentais por meio de receitas fiscais nos ajuda a ver claramente que os direitos são bens públicos: contribuintes-financiadores e governo de gestão dos serviços sociais destinados a melhorar o bem-estar coletivo e individual. Todos os direitos são direitos positivos* (HOLMES, SUNSTEIN, 2000, p. 48).

Consequentemente, todos os direitos são políticos, e *o Poder Público não pode gastar mais do que arrecada para implementar as políticas públicas*, sendo essa a medida para a efetivação dos direitos. Em consequência, não só a decisão de constitucionalizar – ou não – determinados direitos como fundamentais dependem da economia e das finanças públicas, como a sua efetivação também depende da existência de recursos. E isso implica não somente um problema de cálculo orçamentário, mas também questões filosóficas sobre a justiça distributiva e a responsabilidade democrática (HOLMES, SUNSTEIN, 2000, p. 121-131). Ressalvam, contudo, que classificar os direitos como bens de custos públicos não incentiva uma política desumana, tampouco a análise contábil de quais direitos podem – ou não – ser usufruídos pelos cidadãos. Considerando que os direitos efetivados pelo Poder Público derivam de escolhas estratégicas acerca da melhor forma de distribuir e aplicar os recursos públicos, essas decisões devem ser tomadas da maneira mais aberta possível, e podem ser criticadas e questionadas, inclusive judicialmente (HOLMES, SUNSTEIN, 2000, p. 227-229).

Outro dilema que surge com a necessidade das escolhas trágicas: deve o Poder Público fornecer um tratamento ou um medicamento de alto custo, se o valor desembolsado em 20 meses, por exemplo, é suficiente para construir um posto de saúde? Ainda, pode-se deferir, em antecipação de tutela, o transplante imediato de um órgão ao autor, sem ter ciência plena de suas condições de saúde, nem de quantas pessoas aguardam na "fila" do SUS esse mesmo transplante? Por outro lado, pode-se negar esse direito a uma pessoa com alto risco de morte (mesmo sem saber se existem – ou não – pessoas na mesma condição, necessitando do mesmo órgão)?

A escolha trágica, quando necessária, deve ser posta em prática exclusivamente pelo Legislativo e pelo Executivo, que possuem legitimidade e conheciento técnico (em tese) para esse fim.

Ainda, tendo em vista que a saúde não é a única política social a ser efetivada pelos órgãos públicos, pode o direito de um particular ser satisfeito em detrimento de outras políticas públicas (tais como a previdência social e a educação)? Em virtude desse questionamento, deve ser estritamente respeitada a previsão orçamentária para a saúde pública aprovada pelo Legislativo (diante da natural necessidade de se fixar um limite, para abranger todos os fins do Estado), ou pode haver um redirecionamento dos gastos públicos?

Sob essa perspectiva, como efetivar o direito à saúde? Há viabilidade em fornecer qualquer tipo de medicamento ou tratamento, independentemente do custo (ou mesmo de sua utilidade ou eficácia no tratamento da doença) a todas as pessoas? Relembrando a afirmação de Michel Villey (2007, p. 5-6), *haveria, só com o direito de todo francês 'à Saúde', com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais!*.

Assim, reitera-se, como todos os direitos fundamentais, o direito à saúde não é ilimitado e absoluto, podendo ser restringido ou não incidir em determinada situação fática quando em confronto com outro direito.

Contudo, isso não impede, *a priori*, que o jurisdicionado questione as escolhas do Executivo, principalmente quando este desembolsa vários milhões de reais para a aquisição de preservativos e lubrificantes, às vésperas do carnaval, e deixa de fornecer medicamento que, em muitas situações, pode ter importância inclusive para a manutenção da vida de quem dele necessita.

Tal exemplo (direito a preservativos e lubrificantes x direito ao tratamento contra doença grave, *e.g.*) assemelha-se muito àqueles de Michel Villey (direito à felicidade x direito de matar o cônjuge, direito à liberdade de expressão x manifestação racista ou falso testemunho), com a diferença de que realmente ocorreu, e no Brasil.

Porém, o controle e a efetivação pelo Judiciário de direitos fundamentais devem ter limites, que ainda não estão devidamente definidos. Os principais, já mencionados, são os recursos financeiros do Estado, insuficientes para conferir efetividade aos direitos fundamentais de todos. Deles derivam outras restrições, como a reserva do possível, abordada na sequência.

Ademais, a União possui um instrumento hábil a satisfazer excepcionalmente tais direitos, inclusive a concessão de medicamentos por determinação judicial, que é a desvinculação das receitas da União (DRU). A DRU foi criada pela Emenda Constitucional n. 27/2001, que incluiu o art. 76 ao ADCT, desvinculando de órgão, fundo ou despesa, 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, para o período de 2000/2003. A EC n. 42/2003 alterou a redação do citado dispositivo, prorrogando a desvinculação para o interstício de 2003/2007, manteve o percentual de 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais, e acrescentou as contribuições de intervenção no domínio econômico. Portanto, considerando que, desde o ano 2000, 20% das contribuições sociais da União estão desvinculadas de suas finalidades (desvirtuando-as, portanto), nada impede que sejam efetivamente aplicadas em uma política social, efetivando o direito à saúde a quem dele necessita com urgência.

Quando necessária, uma escolha trágica deve ser realizada exclusivamente pelo Legislativo e pelo Executivo, que possuem legitimidade e conhecimento técnico (em tese) para esse fim. Porém, em princípio, essa escolha trágica só se configura nos medicamentos e tratamentos de alto custo, nos quais se presume o comprometimento do orçamento público para a saúde, e o prejuízo para um grande número de pessoas. Mera alegação de insuficiência orçamentária, sem a devida e indiscutível comprovação, não pode ser aceita com esse intuito. Nesse sentido já decidiu o STF, no AgRg-RE 271286/RS:

[...] *O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes polí-*

ticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...]. (AgRg-RE 271286/RS, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000).

3 RESERVA DO POSSÍVEL

Aos argumentos já expostos se acresce a opinião doutrinária de que a restrição sobre um direito fundamental pode ter como objetivo limitar a atuação estatal, por meio de um núcleo essencial tutelado, para conferir efetividade ao direito; e que mesmo os direitos fundamentais devem ser satisfeitos de acordo com a reserva do possível, ou seja, conforme as possibilidades orçamentárias e financeiras do ente federativo (binômio necessidade do beneficiário/possibilidade do Poder Público). (VALCANOVER, 2007, p. 101-108).

A reserva do possível relaciona os limites do Estado (principalmente dos recursos públicos) com a efetivação dos direitos sociais, podendo ser invocada somente quando demonstrar motivo justo e objetivamente comprovável (nesse sentido é a decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPF 45, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004).

Para minimizar esse dilema, a África do Sul, em sua Constituição vigente, de 1996, explicitamente associa os direitos fundamentais à reserva do possível, ao prever, em diversos dispositivos, que o Estado deve tomar as medidas legislativas (entre outras), dentro da sua disposição de recursos, para promover as condições necessárias à efetivação dos direitos. Nesse sentido dispõem os arts. 24.b (proteção ao meio ambiente), 25.5 (direito de propriedade), 26.2 (direito à habitação), 29.b (direito à educação), 32.2 (direito à informação), entre outros.

Em outras palavras, não se deve analisar a regulamentação legal sob a perspectiva de que não assegura o acesso à saúde a todas as pessoas, mas sim do ponto de vista de que está sendo implementada uma política social que garante o fornecimento de medicamentos, realização de exames e tratamentos a milhares de pessoas. Ou seja, não se deve tratar o assunto sob a perspectiva da exclusão, mas sim da inclusão. Nesse sentido, dados do Ministério da Saúde (2006) apontam que os gastos totais de serviços públicos de saúde aumentaram, de 20.351 bilhões de reais em 2000, para 36.475 bilhões de reais em 2006, sendo que 50,6% dos valores desembolsados de 2000/2005 foram suportados pela União.

[...] *como todos os direitos fundamentais, o direito à saúde não é ilimitado e absoluto, podendo ser restringido ou não incidir em determinada situação fática quando em confronto com outro direito.*

O Min. Gilmar Mendes, em decisão da presidência no STA n. 277, discorreu sobre o assunto:

[...] *A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de 'mínimo existencial' e da 'reserva do possível'* (Vorbehalt des Möglichen)*. Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção* (Eingriffsverbote)*, expressando também um postulado de proteção* (Schutzgebote)*. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso* (Übermassverbot)*, mas também uma proibição de proteção insuficiente* (Untermassverbot) *(Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161.). Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento* (Recht auf Organization und auf Verfahren)*, que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da 'reserva do possível', especialmente ao evidenciar a 'escassez dos recursos' e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que 'levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez' (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass.* The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.)*. Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado*

tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o "mínimo existencial" de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. [...] (STA 277/AL, DJe 233, 05/12/2008).

***A reserva do possível relaciona os limites do Estado (principalmente dos recursos públicos) com a efetivação dos direitos sociais, podendo ser invocada somente quando demonstrar motivo justo e objetivamente comprovável* [...].**

Em decisão monocrática na ADPF n. 45, o Min. Celso de Mello ressaltou que o Poder Público não pode alegar a reserva do possível para se eximir de qualquer obrigação sua na efetivação dos direitos fundamentais, tendo o Judiciário legitimidade para apreciar e julgar os casos concretos. Extrai-se de sua decisão:

[...] *Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.* [...] (ADPF 45/DF, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004, p. 12).

Acrescente-se ainda, levando em consideração que os recursos da União, dos Estados e dos Municípios são limitados e que não há viabilidade para se fornecer qualquer medicamento ou tratamento a todas as pessoas, que se deve buscar também adquirir aqueles com menor custo e com eficácia similar, para viabilizar o acesso a uma maior quantidade de pacientes. Busca-se, com esse raciocínio, evitar que uma pessoa com melhor condição cultural e sócio-econômica que pleiteou a tutela jurisdicional possa ser beneficiada com um medicamento de alto custo, prejudicando outras que, sem o mesmo discernimento ou condição financeira para requerer ao Judiciário, possam ser privadas do medicamento ou tratamento necessário (ainda que de menor valor e já fornecido), por insuficiência orçamentária.

Assim, a reserva do possível em princípio pode ser um argumento aceitável para afastar o fornecimento de medicamento pelo Executivo, quando o valor do remédio ou do tratamento tiver um impacto significativo no orçamento público.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde é um direito de todos assegurado constitucionalmente, sendo dever do Poder Público prestá-la, por meio de políticas sociais e econômicas que busquem diminuir o risco da existência de doenças e outros males, e do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da Constituição).

O direito à saúde, incluído no rol dos direitos sociais do art. 6º, também é um direito fundamental, possui aplicação imediata (art. 5º, § 1º), e sua concretização exige ações positivas do Estado. A proteção e a defesa da saúde estão inseridas no rol da competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal (art. 24, XII). Por ser um direito individual, trata-se de cláusula pétrea, não podendo ser retirado do texto constitucional (art. 60, § 4º, IV).

Para garanti-lo, a execução dos serviços de saúde pode ser feita diretamente pela Administração Pública ou de forma indireta (por terceiros), inclusive pessoa natural ou jurídica de direito privado (art. 197). Essa prestação das ações e dos serviços públicos se concretiza por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), composto por uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada com fundamento na descentralização (direção única em cada esfera de governo), no atendimento integral (priorizando a prevenção), e na participação da comunidade (art. 198).

O financiamento do SUS é assegurado (ao menos) pela União, Estados, Distritos Federais e Municípios, existindo percentuais mínimos obrigatórios a serem reservados no orçamento de cada ente da Federação para certificar o seu normal funcionamento (art. 198, §§ 1º a 3º). As referidas ações e serviços de saúde possuem relevância pública, nos termos do art. 197, da Constituição, devendo, portanto, ser regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público.

Para tanto, atualmente a Lei n. 8.080/90 concretiza os dispositivos constitucionais acerca da promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização e do funcionamento de seus serviços, e a Lei n. 8.142/90 trata das transferências

de recursos financeiros da saúde entre os órgãos governamentais.

Entre suas normas, destaca-se que, em regra, a gestão, a elaboração de programas e as decisões são adotadas por órgãos colegiados, com a participação de entes públicos, empresas privadas e representantes da sociedade civil. Nesse sentido, os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 8.142/90 preveem que a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, órgãos colegiados existentes em cada esfera de governo, serão responsáveis, respectivamente, pela elaboração das diretrizes para a formulação da política de saúde, e pela de estratégias e no controle da execução da política de saúde (inclusive nos aspectos econômicos e financeiros).

Contudo, o Poder Público não executa satisfatoriamente esses serviços, especialmente deixando de prestar o tratamento adequado e de fornecer medicamentos necessários a doenças graves, descumprindo os preceitos legais e constitucionais. Para José Afonso da Silva (2006, p. 308), *o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica* [...].

Consequentemente, aqueles que não têm atendida pelo SUS a sua pretensão a determinado tratamento buscam a tutela jurisdicional para ver cumprido o seu direito à saúde, por corresponder a uma ação positiva do Estado.

Efetivamente, não há previsão constitucional expressa acerca da prestação direta de tratamento ou do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público. O que a Constituição determina é somente que o Estado formule políticas públicas preventivas (para reduzir o risco de doenças) que visem ao acesso às ações e serviços referentes à sua promoção, proteção e recuperação (art. 196), e não que conceda remédios individualmente para cada cidadão. Ademais, o art. 200 lista as atribuições do SUS, que se resumem a ações de controle, fiscalização, coordenação e supervisão de atividades referentes à saúde, e de execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, da saúde do trabalhador e de saneamento básico. No mesmo sentido, a Lei n. 8.080/90 prevê, em seu art. 2º, §§ 1º e 2º, que o dever da Administração Pública de assegurar a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais, e na manutenção de condições que garantam o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação; da mesma forma, tais obrigações do Estado não excluem o dever da sociedade, empresas, famílias e pessoas em assegurar o exercício do direito à saúde. A Constituição de 1967 somente se referia à saúde ao tratar da competência material da União para estabelecer e executar plano nacional de saúde, sua competência legislativa sobre o assunto, e o percentual a ser aplicado pelos Municípios nessa área (arts. 8º, XIV e XVII, 'c', 25, § 4º, com a redação alterada pela EC n. 01/69), ou seja, sequer a garantia como direito fundamental.

Todavia, a obrigação de o Poder Público fornecer medicamentos e prestar tratamento médico é matéria atualmente pacificada pelos tribunais superiores brasileiros (STF, RE-AgR 393175/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007, p. 140; STJ, REsp 868943/RS, T1, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 243), com exceção de entendimentos isolados em sentido contrário (como a decisão monocrática da Min. Ellen Gracie, em pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pelo Estado de Alagoas, na qual concluiu que o direito à saúde assegurado pela Constituição se resume à elaboração de políticas públicas que atinjam toda a população, e não a fornecer recursos a um determinado cidadão, em prejuízo dos demais, sob o risco de inviabilizar todo o atendimento) (STA 91/AL, j. 26/2/2007, DJ 5/3/2007, p. 23).

Recentemente foi prolatada decisão monocrática no STJ determinando o fornecimento do medicamento Rituximab (Mabthera) para pessoa portadora de lúpus erimatoso sistêmico, conforme receituário médico para substituir os medicamentos até então utilizados sem êxito (MS 14082/DF, decisão monocrática, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

No Supremo Tribunal Federal, em decisão da presidência do Min. Gilmar Mendes, indeferiu-se pedido de suspensão de tutela antecipada formulada pelo Estado de Alagoas, mantendo o fornecimento de medicamento para o tratamento de esclerose múltipla (Rebif 44mg), no valor mensal de R$ 9.500,00 (STA 277/AL, DJe 233, 05/12/2008). Ressalta-se que, entre os fundamentos da decisão, está o de que o princípio ativo do medicamento (betainterferona 1ª recombinante) consta da lista dos medicamentos de dispensação excepcional fornecidos pelo SUS, na Portaria n. 1.869/2008, do Ministério da Saúde.

A própria Min. Ellen Gracie, que, como visto, decidiu de forma contrária, também já indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada do Estado do Rio Grande do Norte, quanto ao fornecimento de 60 unidades mensais de tiras reagentes para glicosímetro, para portadora de diabetes *mellitus*. No caso concreto, a então presidente do STF entendeu que o pedido não se incluía entre as hipóteses previstas no art. 4º da Lei n. 8.437/92, que a família da beneficiária não tinha condições financeiras para adquirir o medicamento, e que sua suspensão poderia causar o perigo de dano inverso (danos à saúde e à vida da paciente), ocorrendo, pois, o, entre outros argumentos (STA 181/RN, DJe 18, 31/01/2008).

Destaca-se, ainda, a seguinte decisão da 2ª Turma do STF:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF,

[...] *a reserva do possível em princípio pode ser um argumento aceitável para afastar o fornecimento de medicamento pelo Executivo, quando o valor do remédio ou do tratamento tiver um impacto significativo no orçamento público.*

ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [...] (RE-AgR 393175/RS, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007).

[...] *aqueles que não têm atendida pelo SUS a sua pretensão a determinado tratamento buscam a tutela jurisdicional para ver cumprido o seu direito à saúde, por corresponder a uma ação positiva do Estado.*

Recentemente, o STF reconheceu a existência de repercussão geral sobre a obrigatoriedade – ou não – de o Poder Público fornecer medicamentos de alto custo, e levará a discussão ao Plenário (RE 566471 RG/RN, rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/11/2007, DJe 157, 7/12/2007).

De forma minoritária, surgem entendimentos no sentido de que a demonstração da impossibilidade financeira do autor e de seu grupo familiar é condição indispensável para o fornecimento do medicamento ou do tratamento pelo Poder Público. Nesse sentido, há precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravo de Instrumento n. 70022320246, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Rogério Gesta Leal, j. 21/02/2008, DJ 07/04/2008).

Ao inverso, o TJRS decidiu que os medicamentos e tratamentos médicos devem ser fornecidos gratuitamente, independentemente da condição sócioeconômica da pessoa beneficiada, vencido em parte o Des. Rogério Gesta Leal (Agravo Interno n. 70023333669, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. 3/4/2008, DJ 14/04/2008). Extrai-se do voto deste:

Tenho reiteradamente insistido no fato de que no momento em que a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art.196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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, não há como negar que tal dever é relacional e condicionado a garantia de acesso universal e igualitário (a todos) das ações consectárias nesta direção. Isto significa, salvo melhor juízo, que qualquer política pública, ou ação preventiva e curativa, necessitam levar em conta a demanda global que envolve tais interesses, sob pena de atender uns e desatender muitos.

*Daí que proponho uma leitura mais integrada deste dever estatal para com o universo que ele alcança, ou seja, direito social da população como um todo que envolve, inclusive, co-responsabilidades societais importantes (constitucionais e infraconstitucionais). Estou falando, por exemplo: (a) do dever da família (da Sociedade e do Estado) em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, **à saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, da Constituição Federal de 1988); (b) os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, **carência ou enfermidade** (art. 229, da Constituição Federal de 1988); (c) a família (a Sociedade e o Estado) tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o **direito à vida** (art. 230, da Constituição Federal de 1988).*

[...]

Está-se falando, em verdade, também do dever de solidariedade que a Constituição Brasileira de 1988 impõe a estas relações, chamando à responsabilidade de cada qual para que contribuam na constituição de uma sociedade justa e democrática, condição de possibilidade de uma República e Estado de Direito (grifos no original, dispositivos constitucionais citados originalmente em notas de rodapé incluídos entre parênteses).

Apesar de ainda em desenvolvimento e de ser acolhido

minoritariamente, esses fundamentos são os que mais se coadunam com os dispositivos constitucionais já citados neste texto e referidos no citado voto, e com o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.080/90, segundo o qual *o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*.

5 CONCLUSÕES

Como visto, os direitos fundamentais consistem em direitos subjetivos diferenciados, protegidos como cláusulas pétreas pela Constituição de 1988. Possuem, além desse aspecto subjetivo de direitos privilegiados, uma dimensão objetiva, produzindo efeitos sobre a atuação dos poderes públicos (na sua efetivação) e sobre o ordenamento jurídico. Ainda, além de positivos (que exigem uma prestação estatal, de natureza fática ou normativa), também podem ser negativos (de defesa, impondo a não interferência do Poder Público sobre os direitos de seus cidadãos).

A evolução e a ampliação da tutela dos direitos fundamentais importaram, ao mesmo tempo, em afirmação e na desvalorização, pois a quantidade de direitos a que se conferiu esse *status* acabou por prejudicar (e até mesmo a inviabilizar) a efetivação de todos os direitos "prometidos" pelo Poder Público aos cidadãos.

Entre as questões que envolvem a efetivação do direito à saúde, destacaram-se: a) a omissão reiterada do Legislativo brasileiro na concretização dos direitos fundamentais, especialmente em face de diversos mandados de injunção ou ADI por omissão julgados pelo STF sobre direitos previstos na Constituição de 1988, não regulamentados mesmo após mais de 20 anos de sua vigência; b) a igual inércia do Executivo, e suas questionáveis "escolhas trágicas", tais como a aquisição de 15 milhões de embalagens sachê de gel lubrificante (no valor aproximado de R$ 40 milhões) e mais de um bilhão de preservativos, às vésperas do carnaval, em detrimento do fornecimento de outros medicamentos ou tratamentos; c) a substituição, pelo Judiciário, de uma função que seria do Executivo (mas que não a desempenha de modo satisfatório), interferindo na política nacional de medicamentos; d) a legitimidade – ou não – do processo judicial como uma forma democrática de se decidir sobre a concessão de um remédio ou de um tratamento médico a determinada pessoa; e) a limitação orçamentária, motivo pelo qual o Poder Público não pode gastar mais do que arrecada para implementar as políticas públicas, sendo essa a medida para a efetivação dos direitos, importando na necessidade das "escolhas trágicas"; f) a reserva do possível como um argumento razoável – ou não – para afastar o fornecimento de medicamento pelo Executivo; g) e o dever da família (ao lado da sociedade e do Estado) na garantia da saúde.

Com base nesses aspectos, foram formuladas algumas indagações, tais como: a) o Poder Público deve fornecer um tratamento ou um medicamento de alto custo, se o valor desembolsado em 20 meses, por exemplo, é suficiente para construir um posto de saúde? b) pode-se deferir, em antecipação de tutela, o transplante imediato de um órgão ao autor, sem ter ciência plena de suas condições de saúde, tampouco de quantas pessoas aguardam na "fila" do SUS esse mesmo transplante? c) pode-se negar esse direito a uma pessoa com alto risco de morte, mesmo sem saber se existem – ou não – pessoas na mesma condição, necessitando do mesmo órgão? d) pode o direito de um particular ser satisfeito em detrimento de outras políticas públicas, como a previdência social e a educação? e) a previsão orçamentária para a saúde pública aprovada pelo Legislativo deve ser estritamente respeitada, ou pode haver um redirecionamento dos gastos públicos? f) como efetivar o direito à saúde? O Judiciário tem legitimidade para substituir o Legislativo e/ou o Executivo na formulação e implantação dessa política pública? g) há viabilidade em fornecer qualquer tipo de medicamento ou tratamento, independentemente do custo (ou mesmo de sua utilidade ou eficácia no tratamento da doença) a todas as pessoas?

Essas e outras questões polêmicas deverão ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mérito do RE 566471/RN, para definir a responsabilidade dos entes públicos no fornecimento de medicamentos e tratamentos excepcionais, bem como delimitar a possibilidade de atuação do Judiciário no suprimento dessa omissão.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARDOSO, Oscar Valente. Provas ilícitas e suspeição do julgador. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 68, p. 78-85, nov. 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights:* why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Salvador: JusPodivm, 2008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *Direito Público*. Brasília, n. 12, p. 112-132, abr./jun. 2006.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais:* conceito, função e tipos. São Paulo: RT, 2003.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Painel de indicadores do SUS*, n. 1, ago. 2006, p. 32-33. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel_%20indicadores_do_SUS.pdf>. Acesso em 21 jan. 2009.

_____. Saúde lança campanha de planejamento familiar. *Notícias*. 7 março 2008. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=43737>. Acesso em 20 jan. 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.t.4.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Omissões legislativas em casos votados pelo STF ainda não foram resolvidas. *Notícias STF*. 6 janeiro 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>. Acesso em 12 jan. 2009.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. A constitucionalidade da restrição imposta pelo art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, para o gozo do benefício de prestação continuada frente ao disposto no art. 203, inc. IV, da Constituição Federal. *Direito Público*, Brasília, n. 18, p. 93-110, nov./dez. 2007.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ZANDONÁ, Fernando. Política nacional ou judicial de medicamentos? *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 23, abril 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em 12 jan. 2009.

Artigo recebido em 27/1/2009.

Oscar Valente Cardoso é juiz federal substituto na 4ª Região e professor de Direito da Propriedade Industrial na Faculdade Exponencial, em Chapecó – SC.