I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

JULIA MAURMANN XIMENES

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Julia Maurmann Ximenes; Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-040-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O ano de 2020 tem sido um marco na utilização de Tecnologias da Comunicação e Informação. Neste sentido, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI adaptou o formato de seu evento presencial no meio do ano para o primeiro Evento Virtual do CONPEDI. Os painéis e grupos de trabalhos foram transmitidos pela plataforma virtual, com participação de alunos e professores do Brasil e do exterior.

No Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I, a apresentação e debates dos trabalhos ocorreu tranquilamente no dia 27 de julho, sob a coordenação dos professores Julia Maurmann Ximenes, Samyra Haydêe Dal Farra Napoli e Saulo de Oliveira Pinto Coelho.

A primeira pesquisa apresentada, de Jorge Vieira e de Othoniel Ceneceu, analisa as peculiaridades das práticas de gestão na política públicas de saúde, nos atuais tempos de Pandemia da Covid19. A pesquisa envolveu revisão da bibliografia produzida sobre o assunto e a análise matemático-estatística dos dados existentes sobre as atividades do sistema de saúde nesse período. Essa análise quantitativa permitiu, segundo os autores, corrigir algumas inferências midiáticas sobre o desempenho brasileiro no combate à pandemia.

A pesquisa de Danúbia Rodrigues, Lucas Fagundes e Jéssica Miranda aborda a temática da proteção de dados pessoais, frente à ocorrência da crise da Covid19, que gera uma situação singular quanto ao direito ao sigilo e privacidade, nessas situações. Essa dicotomia entre dever de informar e direito à privacidade foi analisada quanto às situações possíveis em que haveria direito à reparação de dano à privacidade, nas práticas relativas à contenção da Pandemia.

A pesquisa de Anna Zeifert trata da questão da desigualdade, pobreza e inclusão, partindo nas analise do CEPAL e das series histórias recentes nessa análise, com especial foco e interesse em identificar os principais sujeitos atingidos socioeconomicamente pela atual Pandemia da Covid19. A relação entre pobreza e empoderamento (capacidade de participação política) é analisada criticamente no trabalho.

O Trabalho de Ygor Távora versa sobre o direito à saúde e as situações referentes à crise da Covid19, buscando verificar as situações de aplicabilidade do princípio da reserva do possível, seu uso e as situações de aplicação excepcional do princípio frente à atual pandemia.

Rita de Cássia e Juliana Araújo apresentaram trabalho sobre a luta anti-manicomial e a política pública de drogas no brasil, analisando as transformações no sentido das políticas de cuidado e saúde do usuário e políticas e redução de danos. Analisam a questão das recentes alterações legislativas nessa seara e buscam sistematizar as críticas da literatura especializada a essas alterações legislativas recentes, avaliadas por essa literatura como retrocesso.

Rodrigo Tonel e Janaína Sturza abordam a questão das políticas públicas para a prevenção do suicídio e a necessidade de desenhos regulatórios de prevenção mais integrados a outras questões de saúde, como depressão e outros fenômenos. Fazem também considerações sobre as deficiências de capacitação dos profissionais de saúde para lidar com essas situações e implementar adequadamente essas políticas.

O trabalho científico de Pablo Lemos aborda a judicialização da saúde pública na comarca de Niterói-RJ, para situações de doenças raras, quanto ao direito à duração razoável do processo. Essa pesquisa, com características de estudo de caso, se fez valer de trabalhos de campo para coletar dados mais refinados sobre o fenômeno analisado. Dentre os resultados, identificou que são fatores causadores dos problemas de celeridade a falta de comunicação sinérgica entre as instituições públicas envolvidas, além de um uso ineficiente dos núcleos de especialização técnica, por parte do judiciário.

A pesquisa de Marcus Resende, foca nas políticas públicas de dispensação de medidamentos, com recorte nas judicializações e nas contradições (em termos de regressividade) de determinadas judicializações frente ao orçamento público e a necessidade de progressividade da relação arrecadação-gasto.

Já a pesquisa de Liane Pimenta analisa, com técnicas de pesquisa empírica, nas bases de decisões judiciais, as contradições das políticas de dispensação de medicamentos e respectivas demandas judicializadas na área.

Flavia Cristina e André Pires apresentaram trabalho sobre o apoio, por meio de redes de contato, a mulheres vítimas de violência doméstica, na busca por inovar e promover melhorias incrementais na política pública de proteção instituída pela Lei Maria da Penha. As análises até então feitas pela dupla a respeito indicam que a rede de contatos produz empoderamento dessas mulheres vulnerabilizadas, permitindo maior eficácia das estratégias destinadas a evitar a reincidência dos atos de violência sofridos.

As pesquisadoras Luana Adriana e Georgia Araújo abordam a questão da igualdade de acesso ao ensino e o papel das políticas públicas de educação quanto às adaptações razoáveis para a acessibilidade na educação. Analisam a caracterização e buscam delimitar, bem como oferecer subsídios teórico-dogmáticos para operacionalizar a aplicação do conceito de adaptações razoáveis. Um dos focos de análise seria a superação da dicotomia normalidade-anormalidade, nas adaptações razoáveis.

O trabalho de Jeremias da Cunha versa sobre o Crédito Educativo como instrumento da política pública de acesso ao ensino superior no Brasil, buscando dar maior precisão as terminologias empregadas no marco regulatório deste instrumento de financiamento estudantil.

A pesquisa de Querino Tavares e Nilson Júnior trata do controle externo das políticas públicas educacionais, com analises destinadas a identificar pontos de aperfeiçoamento de tais políticas, com foco nas experiências de controle do TCE-GO e analisando a relação entre controle formal e controle material de contas, com vistas à efetividade do gasto público, para além do controle formal, mas também preocupado em evitar ativismo no controle de contas.

A pesquisa de Alberto Nogueira versa sobre a tentativa de localizar problemas nas práticas de gestão efetivadas nas políticas de acesso por cotas em concursos públicos, notadamente quanto a eventuais falhas nas comissões de hétero-identificação, segundo o autor.

A pesquisa de Caio Cela e de Amanda Alves tem por foco a análise e identificação de limites para a judicialização das políticas públicas educacionais, com foco na hipossuficiência e no mínimo existencial como dois dos importantes critérios de análise desses limites.

O trabalho apresentado por Mariana Cesco e Vladimir Brega se volta para o fenômeno da educação familiar e sua inserção ou adaptabilidade ao modelo de política pública de educação no país.

O texto de Paulo Souza trata da política nacional de educação e a ideia de educação integral, bem como, segundo o autor, os impactos e peso do binômico política-religião no desenho dos planos de educação no brasil, nos diferentes entes federativos, mas com enfoque na experiência específica do Estado do Rio de Janeiro. A análise se baseia na ideia da necessidade de conformação entre igualdade e diferenças na modulagem dessas políticas.

Manoel Macêdo, em seu trabalho, aborda a questão do tratamento socioeducativo oferecido a adolescentes infratores, no conjunto da política pública da criança e adolescente, analisando

as possibilidades de distorção do uso dessa ferramenta (instrumento), para mera contenção e privação de liberdade ao adolescente. Valeu-se de analise de dados em bases públicas para discussão da questão. Conclui que a baixa eficácia do atendimento sócio-educacional está fortemente relacionada à priorização de medidas de contenção para o adolescente infrator.

A pesquisa de Urá Lobato Martins e Vinícius Ferreira aborda, com base na biopolítica, as situações de exclusão, desrespeito aos direitos das mulheres, ausências de segmentação adequadas, outras contradições nas questões relativas políticas de controle de natalidade, com especial enfoque na questão do uso da laqueadura como uma prática revestida de muitas contradições no sistema de saúde, segundo os autores.

Em outro artigo, Urá Martins e Vinícius Ferreira realizaram análises documentais e interpretaram dados empírico para pesquisar outra situação de exclusão social e violência, relacionado ao fenômeno da impunidade na violência policial frente a homicídios de pessoas moradoras de comunidades no Rio de Janeiro, questão que também foi analisada sob a lógica da estratificação sociais e da interseccionalidade.

A pesquisa de Rebeca de Souza aborda a questão das decisões estruturais e do processo estrutural na experiência brasileira de controle de políticas públicas. Fazendo valer uma metodologia baseada uma conjugação de técnicas, a pesquisa delimitou temas específicos na área de acessibilidade e mobilidade para verificar as dificuldades e desafios da realização de processos estruturais no Brasil.

Linara Assunção, apresentou estudo científico sobre os efeitos sociais da obra pública da ponte que liga o Oiapoque (fronteira, no Estado do Amapá) e o território francês vizinho. Avalia que essa ponte binacional produziu uma transformação das práticas de fronteira, mais informais, para práticas formais para as interações que já eram estabelecidas entre as duas cidades vizinhas, em cada respectiva realidade, produzindo, contraditoriamente, uma segregação e separação entre essas populações.

O trabalho de Miriane Willers analisa a questão do custo dos direitos e a relação entre Estado Fiscal (dependência de arrecadação para prestação de serviços e utilidades públicas) e a efetividade de direitos. Analisa as dificuldade e as escolhas difíceis com as quais o Direito precisa lidar frente a essa característica do modelo de Estado fiscal.

A pesquisa de Robert Bonifácio e de Lucas Velasco aborda a construção de uma metodologia de análise de impacto legislativo na Câmara Municipal de Goiânia, em abordagem interdisciplinar com enfoque na produção de um know-how de avaliação de impacto aplicável na experiência parlamentar pesquisada.

Por fim, o trabalho científico de Darléa Carine e Rogério Nery, lança bases teóricas no campo do Direito e Políticas públicas, ao analisar o pensamento de Rawls quanto à noção de justiça como equidade, com foco na complementariedade da abordagem das capacidades desenvolvida por Nussbaum.

O desafio do primeiro evento virtual foi alcançado com êxito e vamos continuar pesquisando!

Boa leitura!

#continuepesquisando

Julia Maurmann Ximenes - ENAP

Samyra Haydêe Dal Farra Napoli - FMU

Saulo de Oliveira Pinto Coelho - UFG

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DEVERES E LIMITES DO ESTADO EM PROL DA MÁXIMA EFICÁCIA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: DUTIES AND LIMITS OF THE STATE TOWARDS MAXIMUM EFFICIENCY

Marcus Resende Neves Guimarães

Resumo

O trabalho em questão visa abordar os princípios de universalidade de atendimento e integralidade prestacional do direito à saúde na Constituição de 1988. Levantar-se-á discussão sobre a inviabilidade do tratamento da integralidade como princípio absoluto e autônomo da universalidade. Isto é, a hipótese que será defendida é que as prestações à saúde só podem ser integrais na medida em que sejam também universais, de modo que decisões judiciais que não respeitam a reserva do possível (limites materiais do Estado) não promovem justiça, mas sim, injustiça, vez que claramente representam a preterição da vida de uns sobre a vida de outros.

Palavras-chave: Direitos sociais, Saúde, Ativismo judicial, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the constitutional principles of universality of care and integrality of the right to health. A discussion will be raised about the impossibility of treating integrality as an absolute and autonomous principle from universality. The hypothesis that will be defended is that health benefits can only be fully comprehensive in the extent that they can also be universal, which means that judicial decisions that do not respect the reserve of the possible (material limits) do not promote justice, but rather, injustice, since they clearly represent the deprecation of the lives of some over the lives of others.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Health, Judicial activism, Existential minimum, Reserve of the possible

1 INTRODUÇÃO

A leitura fria do texto constitucional e da legislação infraconstitucional dá a entender que, a princípio, o direito da saúde passara em 1988 à **universalidade** e **integralidade**, cobrindo quaisquer causalidades tanto dos abastados quanto dos miseráveis, independentemente de qualquer registro ou contribuição, o que levaria, pelo menos em tese, a maior justiça social distributiva em um país de desigualdades tal qual Brasil.

Porém, este entendimento da saúde como ilimitada possui em si um paradoxo, pois apesar de se reconhecer que a saúde individual é a base da própria dignidade humana, não há como negar que a manutenção da mesma depende de prestações positivas do Estado, que por lógica, demandam recursos financeiros limitados.

Em um primeiro momento pode parecer estarrecedora a afirmação de que o direito à saúde tem restrições imanentes (já que este abarca o próprio direito à vida), contudo, há de ser considerado o fato de que as riquezas estatais para garantia deste direito são escassas, razão pela qual é necessário que sejam fixados critérios ordenadores para definição do que significa a integralidade neste campo.

Opostamente, frente a avalanche de ações em busca do abstrato e indefinido direito à saúde, nota-se na jurisprudência nacional a tendência de ignorar o mencionado paradoxo, não reconhecendo que o orçamento público e a reserva do possível são limites reais ao dever prestacional do Estado.

Em vista disso, tem-se por escopo, com o presente trabalho, discutir acerca da necessidade de imposição de limites fáticos na realização da saúde por parte do Estado, já que o não reconhecimento deste tem consequências fáticas nefastas, uma vez que a ignorância da realidade financeira do Estado supostamente corrige uma injustiça causando outra ainda maior

Injustiça que pode ser exemplificada com os seguintes fatos: a) Em 2016 o Ministério da Saúde gastou R$ 391 milhões, em virtude de decisões judiciais, para tratar 336 pacientes que não quiseram se submeter à cirurgia de transplante de medula, que tinha custo de R$ 50 mil (PIERRO, 2018, p. 21); b) Simultaneamente a este cenário em que aqueles obtiveram a ilimitada preservação de seu direito, tem-se que em 2017 a disponibilidade média de medicamentos básicos para atendimento primário no SUS foi a ordem de 52,9% do necessário (NASCIMENTO, 2017, p. 3, 4 e 8), o que notoriamente afetou a dignidade de um número infinitamente maior do que aqueles que buscaram a tutela jurisdicional.

Neste sentido, será feita análise sobre a abrangência do direito à saúde na Constituição e na legislação infraconstitucional, para depois se ventilar a imperiosa necessidade de aceitação

de limites, tratando da possibilidade de fixação de um mínimo existencial abstrato e, na sequência, da utilização da reserva do possível como elemento de ponderação para realização de equidade.

2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde tem evidente correlação com o direito à vida, para além, é direito social previsto na Constituição Federal dentro do capítulo que trata da seguridade social (ao lado da previdência e assistência), sendo definido como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, Constituição de 1988, artigo 196).

A fim de garantir sua proteção, o artigo 198 da carta maior estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS), que constitui rede regionalizada e hierárquica de ações e serviços nas quais todos os entes federados participam (tendo suas atribuições definidas no art. 200 e, infraconstitucionalmente, nas Leis Federais 8.142/90 e 8.080/90), fazendo constar, a partir da Emenda Constitucional 29/2000, que tal sistema, para além do financiamento através do orçamento da seguridade social (art. 195, CF)[1], teria reservado para si percentual mínimo de receitas fiscais, sendo este, para: a) União, 15% de sua receita corrente líquida total; b) os Estados e DF, 12% do produto do ITCMD, ICMS, IPVA, e, ainda sobre tudo do que for repassado pela União (ou seja, de parcela do IRPF e IPI); c) os Municípios e DF, 15% do produto do ISSQN, ITBI e IPTU, e também sobre tudo o que receber dos Estados e da União a título de repartição das receitas tributárias (parcelas de IRPF e IPI).

Pela leitura sistemática dos artigos 194, 196 e 198, extrai-se que as políticas de saúde são dotadas de universalidade de cobertura, com garantia de direito de atendimento igualitário.

Nesse aspecto, convém dar destaque a mencionada amplitude e universalidade das prestações do Sistema Único de Saúde. Dispõe o artigo 7º, II, da Lei 8.080/90, que as ações e serviços públicos de saúde obedecem à "integralidade de assistência, entendida como conjunto

[1] Como um todo, a seguridade social se financia por toda sociedade através da chamada forma de financiamento **tripartite,** composta por receita derivada do Estado, da classe dos empregadores e dos trabalhadores.
A título de exemplo, destacam-se, para além do percentual do orçamento com destinação obrigatória pela Constitituição, as seguintes fontes de receita da seguridade: a) Receitas da Contribuição previdenciária para o RGPS (INSS), paga pelos empregados e empregadores; b) Receitas obtidas com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); c) Receitas da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade (COFINS), incidente sobre o faturamento das empresas; e a d) Contribuição para o PIS/PASEP, também incidente sobre faturamento das empresas, a fim de financiar o seguro desemprego e programas de desenvolvimendo do BNDES.

articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema" e à "universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência", cabendo, ao Município, a prestação direta de serviços básicos; aos Estado, a gestão estadual que possibilite a prestação municipal, bem como a promoção de integração e atualização do sistema; e, à União, cabe atuar como gestora federal.

Ou seja, segundo a Constituição de 1988 e a Lei 8.080/90, "o cidadão não pode ficar desamparado, mormente quando se trata de um direito fundamental que é a saúde, ainda que se trate de enfermidade de alta complexidade e/ou de alto custo" (DAVIES, 2013, p. 7).

Ainda, há que se ressaltar que para além da universalização e integralidade o texto constitucional deferiu à saúde o conceito mais amplo possível. Até 1988 se tinha como direito à saúde quase que exclusivamente o aspecto curativo de doenças (saúde vista tão só como uma ausência de doenças), situação que foi radicalmente alterada com o artigo 196 da constituição cidadã, pois para além do curativo foram considerados os aspectos preventivos e de bem-estar do cidadão.

Tomou-se consciência, portanto, de que o direito à saúde vai muito além da ausência de doenças, pois as doenças não podem ser apreciadas como um mero fenômeno biológico (pessoal daquele ser humano) (DAVIES, 2012, p. 40). Na realidade, CARRAPATO, CORREIA e GARCIA (2017, p. 677 e 680) afirmam que, em geral, fatores externos ao indivíduo acabam por ser mais determinantes para saúde do que a própria condição biológica do sujeito, como é o caso de questões sociais, econômicas e ambientais.

Em artigo, CARRAPATO et al. (2017, 681 e 682) exemplificam as causas exógenas que determinam a saúde: **1) Fatores ambientais:** são o impacto que determinados agentes químicos, físicos e biológicos têm sobre a saúde (poluição do ar, água, terra e alimentos, bem como o próprio fenômeno do aquecimento global, pois provado que ondas de frio e calor muito intensas são antecedentes de doenças cardiovasculares, cerebrovasculares, respiratórias e carcinomas da pele); **2) Fatores econômicos**: entendidos como a privação material, já que rendimentos (ou a sua ausência suficiente) podem proporcionar (ou não permitir) o acesso a determinados comportamentos que impactam na saúde (como realização de atividades físicas e boas escolhas alimentares). Para provar que indicadores de saúde são reflexo da condição de riqueza material dos indivíduos, mencionam os autores um estudo europeu que concluiu que na França professores com idade média de 35 anos possuem expectativa de vida superior em 9 anos em relação a operários fabris de mesma idade, bem como, na Hungria, os residentes de bairros pobres de Budapeste têm menos 4 anos de esperança de vida em relação a média

nacional; e **3) Fatores sociais:** tais quais a cultura, estilo de vida, grau de inclusão social, condições de trabalho e educação.

Assim, há que se concluir que a saúde funciona como um termómetro que indica o equilíbrio entre o indivíduo e o meio social, ambiental e econômico em que ele se encaixa.

Não obstante o evidente benefício da inclusão de medidas preventivas e consideração do bem-estar dos indivíduos como aspectos integrantes da saúde, hão de ser considerados também os problemas relacionados à amplitude deste novo conceito, já que para além de bastante subjetivo, implica na escassez de recursos públicos para atendimento de toda e qualquer eventualidade relacionada direta ou indiretamente ao tema.

3 A NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DE LIMITE PRESTACIONAL PARA REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA

Apesar de até o momento atual de nossa República as previsões de integralidade e universalidade terem sido interpretadas pelo judiciário nacional como princípios quase absolutos (já que que constantemente tem sido rechaçada a tese da reserva do possível), é imperioso reconhecer que a ideia de um direito individual ilimitado à saúde é inviável, na medida em que enquanto as necessidades de saúde são basicamente infinitas, os recursos para atende-las não o são, e apesar de ser um bem fundamental e de especial importância, a saúde não é o único bem que uma sociedade tem interesse (FERRAZ, VIEIRA, 2009, p. 226).

É necessário, portanto, quebrar a ideia de que a assistência à saúde deve ser absoluta, tal noção é uma falácia, impossível de sustentar na prática, pois como magistralmente explicam Holmes e Sunstein (HOLMES, SUNSTEIN, 2000, p. 97):

> Direitos são comumente descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Mas isso é apenas um floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja aplicação pressupõe um gasto seletivo dos tributos arrecadados pode, no final do dia, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em conta as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes do Estado (Legislativo e Executivo) terão de assumir a responsabilidade final. (...) Direitos são relativos, não reivindicações absolutas.[2]

Ricardo Lobo Torres, na tentativa de solucionar a questão, defendeu que a completude objetiva e subjetiva do direito à saúde deveria ser restringida a um pacote de atividades que se

[2] HOLMES, SUNSTEIN, 2000, p. 97. No original: "Rigths are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But there are plainly rhetorical flourishes. No right whose enforcement preupposes a selective expediture of taxpayes contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other brances of government bear the ultimate responsability. (...) Rights are relative, not absolute claims".

inserissem dentro do nominado mínimo existencial (TORRES, 2009, p. 245), malgrado não tenha apresentado forma concreta de definição deste mínimo.

Gustavo Amaral entende como válida esta tentativa histórica de se definir um mínimo vital aos direitos sociais (como a saúde), já que isso que conferiria maior certeza e exigibilidade a estes. No entanto, explica que a definição é movediça por natureza, já que a concretude do "mínimo existencial seria fugidia, e variável histórica e geograficamente", o que enseja uma "ampla zona de transição entre o mínimo e o não mínimo" (AMARAL, 2001, p. 213 e 214).

Tendo em vista esta variabilidade segundo tempo e lugar apresentada por Amaral, Ana Olsen propõe que em saúde as prestações mínimas só pudessem ser determinadas como o que será exigível ou não observado o caso concreto a partir do qual é possível realizar justiça social (OLSEN, 2006, p. 348).

Apesar de, por óbvio, ser preferencial o estabelecimento de um liame mínimo coletivo, em detrimento do individual, não há como negar que o direito à saúde possui caráter solitário (o tratamento curativo, ao revés do preventivo, é evidentemente individual), razão pela qual, o mínimo que toca o direito à saúde por vezes acabará por esbarrar no direito à própria vida ou à valor de suma importância, como a integridade física.

Contudo, em oposição à Ana Olsen, analisando especificamente a prestação da saúde, há que se concluir que mesmo na análise concreta dos casos é difícil estabelecer padrão mínimo de prestações médicas, farmacológicas e afins, posto que sempre haverá alguém em situação de vulnerabilidade que ultrapasse os limites das forças estatais para sua garantia (ainda mais ante a infinidade de pesquisas, fármacos e tratamentos).

Melhor dizendo, o Estado dificilmente terá recursos suficientes ou capacidade técnica de prover **todo e qualquer meio disponível para defesa da saúde/vida**, de modo que sempre haverá casos concretos nos quais o direito em questão será cerceado por impossibilidades fáticas, **o que, por si só, já relativiza a própria concepção de mínimo entendido como existencial, uma vez que, no caso concreto o mínimo terá sido insuficiente para aquele cidadão vulnerável.**

Em suma, para que se admita a viabilidade da fixação de mínimo social básico quanto ao direito à saúde, seria preciso que paradoxalmente não houvessem limites, uma vez que em que pese os recursos serem escassos e limitados, as necessidades não são.

3.1 Equidade e Reserva do Possível

Por todo exposto, o que parece ser mais razoável no que toca à justiça equitativa é que

o Estado, no limite de suas forças (reserva do possível), empregue com total eficiência os recursos disponíveis em prestações para toda à população.

Assim, perante a impossibilidade fática do atendimento universal e integral e ante o fracasso na imposição de mínimo vital geral neste campo, deve-se tentar estabelecer, pelo menos, uma igualdade prestacional universal, na qual, nos limites das forças estatais, todos possam receber prestações equânimes.

Em verdade, a universalidade prevista pode ser entendida como um limite intrínseco da integralidade, pois se há pretensão de que toda coletividade possa usufruir do sistema, são necessárias regras mínimas para tornar isso possível, já que não há como admitir que um indivíduo que possui recursos econômicos para pleitear a integralidade de seu direito à saúde perante o judiciário receba tratamento de ponta em detrimento de outros milhares de cidadãos que sequer possuem acesso à saúde básica.

Ou seja, as características de integralidade e universalidade não podem ser vistas como valores isolados, mas sim, devem ser entendidos como valores conexos à igualdade (DAVIES, 2012, P. 84), levando-se em conta a reserva do possível, que é critério de ponderação que deve servir de guia na concretização de políticas públicas que possam beneficiar o maior número de pessoas possível.

Esta limitação ponderada pelo instrumento do logicamente possível não implica, em absoluto, na violação aos direitos fundamentais. Segundo Alexy (ALEXY, 2008, p. 297):

> (...) restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial ainda que, no caso concreto, nada restem do direito fundamental.

A reserva do possível, conforme explica Paulo Schier (SCHIER, 2017, p. 113), perante a existência de um direito social positivo, se vincula a análise e ponderação de questões fáticas, de ordem econômica (como escassez de recursos), política e jurídica (pois eventualmente há recursos mas não se pode utilizar naquela prestação, por estarem vinculados à outros direitos sociais).

A ideia e o início de sua ponderação começa na Alemanha no início dos anos 70, onde, na decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal Alemão, se versou sobre o número limitado de vagas nas Universidades do país esvaziar o direito à liberdade de escolha de profissão, já que tal limitação tornava em impossível a efetiva fruição da liberdade.

Assentou-se, na ocasião, que as pretensões de criação de pressupostos fáticos ao efetivo exercício do direito se submetem ao que se chamou de *reserva do possível*, que é

elemento externo ao direito, mas que o vincula.

Deste julgamento, o Tribunal extraiu as seguintes conclusões: "i) a disponibilidade de recursos e a decisão sobre sua utilização e direcionamento residem no campo das decisões governamentais. Logo, a decisão sobre quais direitos efetivar e em qual intensidade situa-se num campo da discricionariedade. Em segundo lugar, ii) partindo-se de dada concepção de Estado de Direito e de legalidade, reconhece-se que o Estado só pode atuar nos termos da lei, e, portanto, as limitações impostas por leis financeiras, orçamentárias, tributárias, e as políticas públicas existentes, são limites jurídicos que não podem ser superados quando se discute a efetivação dos direitos sociais. Logo, a reserva do possível se projeta para uma dimensão jurídica. Por fim, iii) e aqui principalmente depois da discussão (...) envolvendo o direito de acesso ao ensino superior, algumas decisões concluíram que, no campo dos direitos sociais, (...) não se pode falar em obrigação do Estado prestar algo que não seja razoável" (SCHIER, 2017, p. 118).

Transportada a ideia do instituto para o Brasil, a reserva do possível é visualizada especialmente na seara das possibilidades financeiras do poder público, já que em se tratando de direitos sociais conferidos por normas programáticas da constituição, não há como se admitir a omissão deliberada por mera discricionariedade ou ausência de norma que o regule.

Neste sentido econômico, reserva do possível se torna parte dos próprios direitos que acaba por limitar, haja vista a dimensão do custo da prestação. Olsen (2006, p. 194) explica que "na medida em que os direitos fundamentais implicam a realização de despesas por parte do Estado para se tornarem efetivos, esta dimensão de despesa passaria a fazer parte do próprio conceito de direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido", portanto, "a escassez de recursos seria elemento a inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais".

Esta dimensão econômica do custo dos direitos é importante pressuposto para própria existência concreta dos mesmos, e tal afirmação não é válida apenas para direitos positivos, que demandam ação estatal.

Isso porque, conforme explica Cass Sunstein e Stephen Holmes, "Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo", sendo que toda ação em defesa de direito é economicamente custosa, realidade indistinta aplicável à direito positivo e negativo. Em análise, o que os autores querem dizer é que todo direito implica dever correlato (até mesmo dever negativo, de abstenção), e deveres só são levados a sério quando o seu descumprimento é punido pelo poder público, implicando custo, já que para que haja tal atuação capaz de impor coercitivamente respeito às normas, é necessária estrutura estatal organizada e efetiva (HOLMES, SUNSTEIN,

2000, p. 43).

Portanto, levar os direitos a sério é levar a escassez a sério, já que diante de escassez de recursos para tornar direitos efetivos, eles perdem significado, não passam de promessas no papel.

Assim, como é insuperável a visão sobre o custo dos direitos, há que se interpretar o direito subjetivo à saúde conforme os limites orçamentários do Estado.

É dizer, a **reserva do possível diz respeito "à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida**" (OLSEN, 2006, p. 198).

À exemplo da submissão da exigibilidade do direito subjetivo aos recursos orçamentários, a autora acima mencionada continua (2006, p. 199):

> Assim, pleitear o atendimento hospitalar para tratamento de pneumonia, na medida em que esta ação estivesse acobertada pelos recursos destinados a este fim pelo orçamento, ou, ainda, na medida em que houvesse recursos nos cofres públicos para realizar este direito, autoriza o Judiciário a reconhecer um direito subjetivo. O "atendimento hospitalar para tratamento de pneumonia" está dentro do âmbito normativo do direito, faz parte de seu suposto de fato. Por outro lado, se o fornecimento de um determinado medicamento, ou um tratamento caro, como um transplante de intestino, não se encontrarem dentro dos limites imanentes da norma do direito à saúde, ou seja, se não estiverem albergados pelo âmbito normativo, não poderiam ser exigidos judicialmente. **Neste caso, não haveria direito**.
>
> Dessa forma, todo o trabalho do intérprete acerca da abrangência da norma se daria em um momento anterior à sua aplicação, sendo que seria nesta investigação sobre o que está ou não protegido pelo âmbito da norma que a reserva do possível incidiria enquanto limite imanente. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação, como o fez Peter Häberle, esta será feita sem parâmetros juridicamente aferíveis, na medida em que o que se busca é estabelecer o âmbito normativo presumido pela norma jusfundamental.

O problema é que, na perspectiva brasileira, como já dito, a norma constitucional não traz expressamente qual o limite da abrangência do direito de saúde, pelo contrário, aduz de forma expressa que uma das diretrizes das ações e serviços de saúde é o "atendimento integral", acabando por ensejar a judicialização da saúde e a consequente concessão desordenada de tutelas.

Neste particular, a reserva do possível, inclusive, ao revés de ser utilizado pelos tribunais como efetivo limitador da concessão de prestações, é utilizada <u>justamente para concedê-las</u>, ao argumento de que é imoral a administração invocar discussão orçamentária quando a questão em juízo toca à saúde.

Para além, beirando o absurdo, há tutelas concedidas invocando a impossibilidade de argumentação sob a perspectiva do logicamente possível perante situações já cobertas pelo SUS. São casos nos quais, por exemplo, já há medicamento disponibilizado pelo sistema público, mas os administrados ajuízam demandas pleiteando tratamento diverso com custo infinitamente superior.

O que os Tribunais esquecem ao atuar desta forma, recusando os limites fáticos prestacionais do Estado, é que a concessão desordenada de tutelas judiciais para garantir a ´integralidade` constitucional possui efeitos nefastos, não fazendo, nem de longe, justiça.

Isso porque apesar da tutela judicial aparentemente ´resgatar` a dignidade do jurisdicionado que exerceu seu direito de ação para garantir suposto direito à integral saúde, ela o faz às custas de toda coletividade, na medida em que simplesmente acaba com o planejamento político do Poder Executivo, que com base em estudos técnicos havia previamente definido quais tratamentos/medicamentos devem compor o SUS (na medida em que podem ser prestados a todos, indistintamente).

Não se trata, em caso, de se negar qualquer acesso ao tratamento de certa doença apenas por não constar solução viável na lista do SUS. Neste caso, crê-se legítima a pretensão individual para que o Estado seja obrigado a fornecer tratamento para doença ainda não acobertada pelo Sistema de Saúde. Mas por outro lado, acredita-se que absolutamente ilegítimas são as pretensões que demandam soluções alternativas às previamente delimitadas pelo corpo técnico do Poder Executivo.

A título de exemplo, menciona-se o caso das ações judiciais para concessão do medicamento **Soliris**, o remédio que, dentre as tutelas judiciais, ensejou maior gasto pelo Ministério da Saúde em 2016. Trata-se de fármaco destinado ao tratamento da síndrome hemolítico-urêmica – SHU, que é um tipo raro de anemia de origem genética que causa doença renal crônica e hipertensão pulmonar, que através do judiciário custou aos cofres públicos a monta de R$ 391,8 milhões para tratamento de 336 pacientes (R$ 1,16 milhões para cada um) (PIERRO, 2018, p. 21).

Os R$ 391,8 milhões correspondeu, naquele ano, a 2.5% do orçamento medicinal do SUS.

Sendo assim, cada um dos 336 pacientes que conseguiram a tutela judicial para que o Ministério da Saúde fornecesse o **Soliris** consumiu R$ 1,16 milhões no ano de 2016, enquanto que o resto da população brasileira, cerca de 207 milhões de pessoas, dividiram todo o orçamento previsto para compra de medicamentos do SUS, de R$ 15,5 bilhões, o que significa dizer que cada um destes que não foram beneficiados por tutela judicial puderam ter proveito

de, mais ou menos, apenas R$ 80,00 em assistência medicinal.

Não obstante se reconhecer o direito à vida destes pacientes que necessitavam do **Soliris**, há que se ponderar que a doença por ele tratada podia ser curada por um transplante de medula óssea, cirurgia que tem valor médio de R$ 50 mil, mas que, no entanto, representa chance de 30% de complicação. Assim, a não assunção do risco pelo paciente e o suposto direito à integralidade prestacional, aos olhos do judiciário, foram suficientes para garantir a este um custoso tratamento vitalício.

Em suma, por mera comodidade dos pacientes que tiveram acesso ao judiciário, foram gastos R$ 390 milhões a mais do que se todos as 336 pessoas tivessem sido submetidas ao transplante de medula (pois 336 cirurgias ao custo de R$ 50 mil cada alça a monta de R$ 1,7 milhão).

O quase meio bilhão de reais que se economizaria representa, por exemplo, cerca de 1/3 do que se gasta para manter o Hospital das Clínicas da USP em funcionamento por um ano (R$ 1,3 bilhão). Porém, enquanto as tutelas judiciais beneficiaram 336 pessoas, o HC da USP é o maior complexo hospitalar da América Latina, e que atende, por dia, cerca de 35 mil pessoas (PIERRO, 2018, p. 21).

Sendo assim, o vislumbre da saúde como integral e absoluta só promove a dignidade de alguns poucos que tiveram acesso a tutela jurisdicional, enquanto que a esmagadora maioria dos demais cidadãos que não possuem informação ou condições de bater às portas do judiciário padecem em filas de hospitais públicos e sofrem com a indisponibilidade de medicamentos básicos na rede ampla de saúde.

Neste sentido, segundo a Revista de Saúde Pública em 2017, a disponibilidade média de medicamentos de atenção primária do SUS foi de 52,9%[3] em âmbito nacional, e, tão somente, de 44,6% e 46,3% nas regiões Norte e Nordeste, respectivamente (NASCIMENTO, 2017, p. 3, 4 e 8).

Portanto, simplesmente não há como se vislumbrar justiça e promoção da dignidade através do argumento de que *não se pode invocar a reserva do possível em prestações de saúde*, sob pena de valorizar mais a vida de uns em detrimento de outros.

Ou seja, é imperioso que o direito à saúde integral e universal respeite critérios estratégicos, não podendo ser ´´(...) ser satisfeito de maneira aleatória, conforme exigências individuais do cidadão ou de acordo com a vontade do dirigente da saúde, mas sim o resultado

[3] Pesquisa em estabelecimentos públicos dos mais diversos tipos, tais quais: unidades básicas de saúde; posto de saúde; farmácias públicas, dentre outros.

do plano de saúde que, por sua vez, deve ser a consequência de um planejamento (...)`` (SANTOS, 2010, p. 161 e 162).

Em resumo, desconsiderar o custo dos direitos vai contra as possibilidades fáticas do Estado e acaba por comprometer a equidade e justiça distributiva objetivada para o sistema de saúde, já que, como dito: **adotar a premissa de que qualquer direito prestacional como tal é ilimitado significa admitir que a efetivação do direito de um se dará às custas da universalidade e da equidade, já que como não se poderá nunca dar tudo a todos, se dará menos ou nada a outros** (DAVIES, 2013, p. 8).

3.2 Direito Comparado

Limitações financeiras que ensejam a invocação da reserva do possível e da eleição de prioridades no que toca aos gastos com políticas públicas não é questão que se restringe ao Brasil e nem a nações em desenvolvimento.

Aliás, nem mesmo países com alto grau de desenvolvimento, como Estados Unidos, Reino Unido e Espanha, possuem um ilimitado direito à saúde.

De início, insta ressaltar que em nenhum dos países mencionados há irrestrito, integral e gratuito direito a toda e qualquer tratamento ou medicamento disponível.

Nos Estados Unidos, as prestações à saúde estão longe de serem universais, já que a nível federal há dois sistemas que se aplicam restritivamente à população: a) o Medicare, sistema de seguro social criado em 1966, que possui como beneficiários apenas os americanos com mais de 65 anos e as pessoas com deficiência; e b) o Medicaid, que é programa de saúde voltado para americanos que têm recursos extremamente limitados (sem restrições de idade), bancado por recursos federais e estaduais conveniados.

De acordo com estatísticas do governo americano, o Medicare assegura saúde à 14% da população e o Medicaid, à 19% (2014-2017). Todos os demais cidadãos devem contratar seguro privado para ter acesso a prestações médicas. Segundo estimativas, em 2018 cerca 9% da população (equivalente à pouco mais de 28 milhões de pessoas) não possuía seguro e não se incluía no sistema ou programa público, sendo, portanto, totalmente privada do direito à saúde[4].

Já o sistema público de saúde do Reino Unido (Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte) possui objetivo tal qual o nosso, de ser realmente universal e integral, porém,

---

[4] Estatísticas da cobertura dos seguro saúde americanos: https://www.kff.org/other/state-indicator/total-population/?currentTimeframe=0&sortModel=%7B%22colId%22:%22Location%22,%22sort%22:%22asc%22%7D. Acesso em janeiro de 2020.

na medida em que possa ser equânime. O National Health Service (NHS) é financiado por tributos (impostos gerais e pequena parcela de contribuição social), sendo que o único gasto do cidadão se refere ao pagamento de uma taxa de US$ 9,00 por prescrição medicamentosa ambulatorial (TANAKA; OLIVEIRA, 2007, p. 10), portanto, também é gratuito.

Característica marcante que torna o NHS um dos melhores sistemas de saúde do mundo é o fato de que aproximadamente 81% dos recursos vão para o grupo de atenção primária, ou seja, é garantida saúde básica a quase que totalidade dos britânicos, que segundo estatísticas, ainda que antigas (2004 e 2005, últimas que se teve notícia), são de impressionar (TANAKA; OLIVEIRA, 2007, p. 14 e 15):

> - 98% dos pacientes conseguem atendimento primário em 24 horas;
> - 92,7% conseguem atendimento de urgência e emergência dentro de, no máximo, 4 horas;
> - O prazo para agendamento de exames e de consultas fica entre 7,1 e 17 semanas, em 2002 esse prazo chegava a 21 semanas;
> - O prazo para agendamento de cirurgias fica entre 10,2 semanas e 9 meses, em 2002 chegava a 12 meses.

Realidade absolutamente diversa da brasileira. Em 2017, em São Paulo (cidade que se espera que tenha estrutura adequada para prestar o melhor serviço possível, haja vista ser a maior e mais importante do país) para ser atendido por especialista clínico a espera era de cerca de 5 meses, se especialista cirúrgico, cerca de 9 meses (já que em abril de 2017 eram 54.198 pedidos em espera)[5], ou seja, ao tempo da primeira consulta de um brasileiro com especialista em São Paulo (entre 5 e 9 meses de espera), um britânico, em tese, já conseguiu até mesmo realizar uma cirurgia (espera entre 2 e 5 meses).

No entanto, até mesmo o sistema britânico possui limitações, o que dá a entender que o que de fato escolhas foram feitas, tendo sido eleita aquela que abrange o maior número de pessoas, constituindo uma universalidade real e efetiva, posto que 98% da população está registrada no NHS (como se disse, 81% de toda receita se volta para atenção primária) (GIOVANELLA, STEGMULLER, 2014, p. 24).

Ana Carolina Davies traz alguns casos (2013, p. 22 e 23) e análises que demonstram os limites do sistema e a efetiva opção do poder público em priorizar a todos em detrimento do individual, haja vista a reserva do possível:

> Uma senhora de 34 (trinta e quatro) anos com problemas de excesso de suor nas axilas, ao buscar tratamento médico na saúde pública inglesa teve acesso somente a tratamentos tópicos

[5] Dados em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/11/politica/1491921133_493643.html. Acesso em janeiro de 2020.

e também foi prescrita a aplicação de injeções locais de toxina botulium (*botox*). **O sistema público não pagou o medicamento e ela teve que desembolsar quatrocentas libras para o tratamento.**

Uma senhora de 83 (oitenta e três) anos de idade com fortes dores nas costas após consulta no médico clínico geral, (...) precisou aguardar mais 6 (seis) meses para ter acesso a um especialista, no caso, um médico ortopedista. Este último solicitou um exame de ressonância magnética. **Para a realização do exame, a paciente optou pelo pagamento particular no valor de £480 (quatrocentos e oitenta libras), pois havia uma fila de espera imensa no atendimento público. O exame foi realizado no mesmo hospital que faria o exame pelo sistema público de saúde, porém de imediato porque era de natureza privada e não pública.**

O Instituto Nacional de Saúde e Excelência Clínica é o órgão que aprova a lista de medicamentos que os pacientes terão acesso obedecendo a uma lógica de custo-efetividade. **No tocante a fornecimento de medicamentos de alto custo, a saúde pública inglesa não concede todos ou então limita o fornecimento à determinada quantidade por ano. Portanto, vários ficam sem a assistência farmacêutica.**

Há o caso de uma paciente de 29 (vinte e nove) anos de idade, mãe de um bebê e portadora de câncer de pâncreas em que foi prescrito um medicamento de aprovação recente nos Estados Unidos, denominado TACERVA. Cada comprimido custava em torno de £100 (cem libras). **O sistema de saúde inglesa não indicava o medicamento para o caso específico da paciente, disponibilizava apenas o tratamento quimioterápico. A paciente teve que arcar com o custo.**

Outro paciente de 47 (quarenta e sete) anos, também portador de câncer, também recebeu como prescrição médica um medicamento de alto custo denominado AVASTIN. E, **justamente por ser de alto custo, não foi fornecido gratuitamente pelo sistema público de saúde. O gasto estimado seria de £20.000 (vinte mil libras) por um período de seis meses. Neste caso, por insuficiência de recursos o paciente não tomou o remédio.**

Há ainda hipóteses de substituição de medicamentos por outros, de natureza genérica, exatamente como nos exemplos citados no subitem acima, aplicando o limitador da reserva do possível. Em outras palavras, o Estado inglês, acredita-se que após estudos clínicos, substitui determinado medicamento para certa moléstia em virtude de redução de custos e ampliação de atendimento, objetivando o alcance da universalidade.

Um paciente inglês, com pressão arterial alta, utilizava um medicamento regularmente concedido pelo sistema público na forma de cápsulas. Houve substituição geral do medicamento para todos aqueles que dele se utilizavam, por outro de natureza genérica e em forma de tabletes. **Como não se adaptou à nova forma do remédio (tabletes) e ao novo medicamento, teve que arcar com o valor da diferença, pois entendeu-se que se tratava de natureza pessoal.**

É obviamente clara a intenção de se atingir a universalidade e integralidade da prestação do direito à saúde, no entanto, isto é feito à luz da equidade na efetivação do que realmente pode ser feito, **é a própria universalidade funcionando como fator limitador das prestações.**

Na Espanha, o direito à saúde e seu atendimento era universal e gratuito, majoritariamente financiado por impostos. Porém, no contexto de crise, a partir de 2012, reconhecendo a incapacidade de dar manutenção gratuita e ampla, expediu o Real Decreto Ley 16/2012, que estabeleceu cortes no sistema de saúde por "exigência dos mercados", ou seja,

por escassez de recursos, definindo novas regras para afiliação e para cesta de prestações, bem como regulando a assistência farmacêutica. Não obstante às medidas, o Sistema Nacional de Salud (SNS) continuou a priorizar a atenção primária, já que porta de entrada preferencial e filtro para atenção especializada (GIOVANELLA, STEGMULLER, 2014, p. 26).

Dentre as medidas tomadas: a) alterou legislação legal sobre a cobertura populacional, definindo a condição de segurado à Seguridade Social (em contraposição ao direito universal); b) previu cortes na carteira de serviços e separou em categorias os beneficiários do SNS, que passaram a ser: 1 – Básica sem coparticipação; 2 – Suplementar (co-pagamento em medicamentos, órteses e próteses); e 3 – De serviços acessórios; c) Ampliou co-pagamentos de medicamentos para aposentados (antes isentos), porém, estabelecendo limite de gasto mensal e escalonamento conforme renda dos usuários (obs: os não aposentados já co-participavam no valor de medicamentos, mas este percentual aumentou de 40% para 50% após a reforma) (GIOVANELLA, STEGMULLER, 2014, p. 32 e 33). Os desempregados e beneficiários da assistência social continuaram isentos em tudo.

Ainda, destaque-se que a assistência farmacêutica só é gratuita para pensionistas e seus beneficiários, portadores de deficiência, acidentados no trabalho, internados no sistema público e soropositivos. Os demais usuários do sistema arcam com 50% do custo do medicamento, salvo se doentes crônicos, quando pagam, no máximo, 50 euros pelo fármaco. (MENEZES, 2015, p. 167).

Apesar de evidente retrocesso no direito à saúde, em claro atentado ao *efeito cliquet*, foi possível dar manutenção à prestação de serviço de qualidade em prol do maior número de pessoas, de modo que, entre 2009 e 2012, não se observou aumento no tempo de espera para consultas especializadas (após atenção primária), e o tempo de espera para uma cirurgia subiu apenas 13 dias, de 63 dias para 76 (GIOVANELLA, STEGMULLER, 2014, p. 24).

Dessa forma, a atuação do governo espanhol novamente mostra que não é o texto da lei que adequa à realidade, **mas sim a realidade que adequa a amplitude dos direitos previstos em lei para que seja possível conferi-los ao máximo de pessoas**, uma vez que como já dito, todo direito tem custo, e direito que não pode ser efetivado por ausência de recursos, simplesmente não é direito.

Há, então, no Reino Unido e Espanha, a clara noção que falta ao Brasil, de que "não existe bondade gratuita no setor público e a garantia de determinado benefício, irá impedir o acesso da população a outros" (DAVIES, 2013, p. 24).

Sendo assim, a premissa do professor Jorge Miranda tem total sentido, e deve ser adotada: "Só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório" (MIRANDA, 2008, p. 435).

Isso significa que não é viável a visão de parte da doutrina de que a saúde no Brasil deve ser garantida a qualquer custo de forma integral, conduzindo a ideia de que é "imoral" a invocação da reserva do possível como argumento para limitação da prestação perante o direito à saúde/vida.

Ora, conforme se viu, nem mesmo países muito mais ricos conseguem garantir prestação integral e universal, de modo que há que se ter lucidez na aplicação dos recursos disponíveis, que devem ser empregados de forma a abranger a maior parte possível da população.

O argumento da limitação conforme a reserva do possível e escolha lúcida das políticas públicas facilmente convence quando se olha para o fato de que, sob o pálio da integralidade absoluta, o judiciário brasileiro concedeu, em 2016, 1,3 bilhão de reais em medicamentos não cobertos pelo sistema básico para poucos beneficiários[6], razão pela qual não é difícil entender por que em 2017 cerca de 904 mil pessoas aguardavam cirurgia, sendo mais da metade deste número, há mais de um ano[7].

Portanto, é imperioso o reconhecimento, pelo judiciário, da escassez dos recursos a fim de que seja dado ao poder público administrativo avaliar as opções e eleger prioridades, no intuito de estabelecer de fato certa justiça social na distribuição das prestações públicas referentes à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou demonstrar que o entendimento dominante que vê o direito à saúde como um direito ilimitado é posicionamento inviável, na medida em que enquanto as necessidades de saúde são basicamente infinitas, os recursos para atende-las não o são, e apesar de ser um bem fundamental e de especial importância, a saúde não é o único bem que uma sociedade tem interesse.

---

[6] VIEIRA, 2018, p. 23.

[7] Dados do Conselho Federal de Medicina:
http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27317:crise-no-sus-pacientes-aguardam-mais-de-10-anos-na-fila-de-espera&catid=3
https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27314:crise-no-sus-brasil-tem-mais-de-900-mil-cirurgias-eletivas-represadas&catid=3
Acesso em julho de 2018.

Por isso, perante a impossibilidade fática do atendimento universal e integral e ante o fracasso na imposição de mínimo vital geral neste campo (haja vista especificidades concretas e a correlação entre saúde e vida), deve-se tentar estabelecer, pelo menos, uma igualdade prestacional universal, na qual, nos limites das forças estatais, todos possam receber prestações equânimes.

Neste particular, a reserva do possível deveria aparecer como fator de ponderação a ser utilizado na análise da dita integralidade prestacional do sistema, posto que a questão financeira que dá respaldo aos direitos não pode ser uma variável ignorada, afinal, conforme Paulo Bonavides ´´para fazer eficazes os direitos sociais, o Estado precisa de ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia *jurídica* e a garantia *econômica*; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material`` (BONAVIDES, 2007, p. 644).

Isto é, para haver direito subjetivo à uma prestação é necessário que se tenha um suporte normativo e um suporte material. E, indo além do disposto por Bonavides, crê-se que o suporte material vai até mesmo além do conteúdo econômico (em que pese geralmente ser o mais frequente), pois a escassez limitante ultrapassa a barreira financeira.

Sob esse aspecto, Hugo Menezes dá o exemplo de um transplante de intestino. Ainda que haja disponibilidade de recursos financeiros para realização da cirurgia, pode ser que esta não seja possível dada indisponibilidade de um órgão humano saudável. E, mesmo se houver algum órgão disponível, haverá também uma lista de espera a ser seguida, e o magistrado não pode simplesmente interferir na ordem da lista para preterir aquele cidadão que teve acesso ao Judiciário em detrimento das demais pessoas da fila.

Este exemplo deixa translúcido o efeito perverso que nem sempre se vê quando é concedida uma tutela judicial para tratamento de alto custo, que é o fato de que sempre um cidadão prevalecerá seu direito sobre o direito dos demais. O que ocorre é que quando o recurso escasso é tão somente financeiro esta preterição é ocultada, em que pese ser basicamente a mesma do caso do transplante de intestino, pois em ambos casos a tutela judicial redirecionará o recurso limitado em favor daquele que bateu às portas do judiciário.

Basta mencionar, em outro exemplo, o que se relatou em tópico anterior, no qual através da justiça foram gastos R$ 391 milhões com o medicamento Soliris em benefício de 336 pacientes, que por comodidade preferiram pleitear judicialmente o tratamento com o fármaco a realizar a cirurgia de transplante de medula já disponível no SUS (que curaria a doença e que tem custo de R$ 50 mil). O quase meio bilhão de reais gastos em benefício destes, ao custo médio de R$ 1,16 milhões por paciente, correspondeu à 2,5% de todo o orçamento para medicamentos do Sistema Único de Saúde, e poderia, por exemplo, ter sido usado para

manter o Hospital das Clínicas da USP em funcionamento por cerca de 4 meses (e que atende, por dia, 35 mil pessoas) (PIERRO, 2018, p. 21), ou, ainda, para recomposição de medicamentos básicos da rede ampla e que recorrentemente estão em falta (em 2017 a disponibilidade média de medicamentos de atenção primária do SUS foi de 52,9% em âmbito nacional - NASCIMENTO, 2017, p. 3, 4 e 8).

Sendo assim, é imperioso reconhecer que deve ser buscado um equilíbrio sob o aspecto jurídico, médico e econômico, de modo a não se criar uma inversão cruel em razão da escassez, inversão que garante mais direitos a quem tem mais chances de buscá-los perante o Poder Judiciário, deixando os demais cidadãos, sem recursos e sem informações, literalmente com os recursos que ´sobrarem` (ALCÂNTARA, 2017, p. 141).

Este *equilíbrio* necessariamente implica no reconhecimento de que existem limitações ao direito à saúde, e como tentou se demonstrar no último tópico, estas limitações são reconhecidas até mesmo em sistemas de saúde de países bem mais ricos e mais desenvolvidos que o Brasil, tais quais Estados Unidos, Reino Unido e Espanha, nos quais há a lucidez de que a aplicação dos recursos disponíveis deve abranger a maior parte possível da população possível.

Felizmente, parece que os Tribunais Superiores do país começaram a entender acerca da inviabilidade da inexistência de limites, tendo sido fixados critérios para concessão de tutelas pelo Superior Tribunal de Justiça em 2018 (REsp 1657156/RJ) e pelo Supremo Tribunal Federal em 2019 (RExt 657718/MG).

Não obstante, os critérios fixados não são suficientes para corrigir a distorção instaurada, pois foram fixados requisitos fáticos, não técnicos (já que não se leva em conta o custo benefício e a capacidade de cura, por exemplo). Para o STJ, a concessão de medicamentos/tratamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige, apenas: A) comprovação, por laudo médico fundamentado, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento/tratamento, bem como da ineficácia daqueles que já constam na lista do SUS; B) comprovação da incapacidade financeira do paciente para arcar com os custos; c) que o medicamento possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Já o STF, sem alterar o fixado pelo C. STJ, dispôs que excepcionalmente deve ser admitida concessão de remédio sem registro na ANVISA, desde que comprovado: o pedido de registro; a mora da autarquia em analisar a questão; a existência de registro em agências internacionais; e, por fim, a inexistência de substituto terapêutico no Brasil.

Apesar da adoção de qualquer critério já ser um avanço no que toca ao controle das decisões judiciais nestes casos, é forçoso concluir que a mera exigência de registro na ANVISA

(que eventualmente pode inclusive ser dispensada), a hipossuficiência do paciente e eficácia do medicamento/tratamento irão perpetuar a concessão de prestações inequânimes, razão pela qual, imperiosa a continuidade de reforma na jurisprudência a fim de adotar modelo que consiga proceder com o máximo de efetividade do direito à saúde em conjunto com respeito a equidade almejada pela carta constitucional de 1988, ou seja, para que seja possível que se tenha uma integralidade na medida em que possa ser universal, já que o princípio constitucional da integralidade não pode se descolar de outro igualmente importante (universalidade).

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Giselle Chaves Sampaio. Reflexões sobre a judicialização da saúde no brasil à luz dos fundamentos constitucionais dos direitos sociais e da análise prospectiva proposta pela teoria dos jogos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 12, n. 12, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988)**.

CARRAPATO, Pedro; CORREIA, Pedro; GARCIA, Bruno. Determinante da saúde no Brasil: a procura da equidade na saúde. **Revista Saúde Soc. São Paulo**. São Paulo, ano 2017, n. 3, v. 26, p. 676-689.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Limites Constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível x mínimo existencial.** Apesp – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_ana_carolina_davies2013.pdf, acesso em 02/01/2020.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde Pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Editora Verbatium, 2012.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 52, nº 52, 1/2009, p. 223-251. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf, acesso em 02/01/2020.

GIOVANELLA, Lígia. STEGMÜLLER, Klaus. Sistemas universais de saúde e crise européia. **Revista Política Social e Desenvolvimento**, número 3, ano 2, 2014. Disponível em https://revistapoliticasocialedesenvolvimento.files.wordpress.com/2014/10/revista03.pdf. Acesso em julho de 2018.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Ed. Coimbra, 2008.

NASCIMENTO, Renata Cristina Rezende Macedo do. Disponibilidade de medicamentos essenciais na atenção primária do Sistema Único de Saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 51, supl. 2, 10s, 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102017000300303&lng=pt&nrm=isso, acesso em janeiro de 2020.

OLSEN, Ana Carolina. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação (Mestrado) — UFPR, 2006. Disponível em: http://www.hdl.handle.net/1884/3084. Acesso em janeiro de 2020.

PIERRO, Bruno de. **Demandas crescentes**. **Revista Pesquisa Fapesp**, São Paulo, v. 18, n. 252, p. 18-25, fev. 2017. Disponível em http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025_Judicializacao_252_NOVO.pdf, acesso em janeiro de 2020.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e sistema único de saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. *In* **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Ed. Saberes, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Reserva do possível e mínimo existencial: dificuldade de delimitação de contornos e parâmetros no contexto da teoria dos princípios**. Revista de Direito Público Contemporãneo, Instituto de Estudios Constittucionales da Venezuela e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, ano 1, volume 1, número 2, 2017, p. 111-120.

TANAKA, O.Y.; OLIVEIRA, V.E. Reforma(s) e estruturação do sistema de saúde britânico: lições para o SUS. **Revista Saúde Soc.**, v.16, n.1, p.7-17, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar: 2009