



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

SAMARA SOUSA DE ANDRADE ALVES

**O ACESSO A MEDICAMENTOS EXCLUÍDOS DA LISTA DO SUS: O FENÔMENO
DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE**

FORTALEZA

2016

SAMARA SOUSA DE ANDRADE ALVES

**O ACESSO A MEDICAMENTOS EXCLUÍDOS DA LISTA DO SUS: O FENÔMENO
DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Theresa Rachel Couto Correia.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

-
- A474a Alves, Samara Sousa de Andrade.
 O acesso a medicamentos excluídos da lista do SUS: o fenômeno da judicialização das demandas de saúde / Samara Sousa de Andrade Alves. – 2016.
 57 f.: 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
 Orientação: Profa. Dra. Theresa Raquel Couto Correia.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização da saúde. 3. Medicamentos. I. Título.

SAMARA SOUSA DE ANDRADE ALVES

**O ACESSO A MEDICAMENTOS EXCLUÍDOS DA LISTA DO SUS: O FENÔMENO
DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Theresa Rachel Couto Correia.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Theresa Rachel Couto Correia (Orientador).
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Isaac Rodrigues Cunha
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestranda Catherine Rebouças Mota
Universidade Federal do Ceará - UFC

A Deus,
Aos meus pais, Edigleuma Sousa de Andrade
Alves e Francisco Alves de Assis.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por ter, por duas vezes, me dado a vida: quando nasci, há 24 anos, e quando renasci, há 03 anos; e, com sua infinita misericórdia, ter me permitido ingressar neste curso e agora concluí-lo. Se não fosse por Ele, eu, sem a menor sombra de dúvida, não estaria escrevendo estas palavras de agradecimento.

À minha mãe, Edigleuma, mãe biológica e mãe na fé, pela perseverança em demonstrar a importância (às vezes, até com certo exagero, rs) que o conhecimento tem em nossas vidas; pela paciência em escutar todos os meus assuntos, mesmo que repetidos; pelo apoio espiritual incondicional; e por ser meu ponto de equilíbrio.

Ao meu pai, Francisco, pela experiência, adquirida através dos anos, conosco compartilhada; e pelo terno cuidado com que sempre nos tratou.

Aos meus irmãos, Sabrina, Sara e Samuel, por simplesmente existirem, uma vez que eu não suportaria ser filha única, hehehe.

Aos meus avós, paternos e maternos, em especial ao Vovô Manoel, que sempre fez questão de externar seu amor incondicional por mim.

Às Pepetas *stricto senso* Amanda, Cecília, Lara, Lia e Tiza, melhores presentes que a graduação me trouxe, pela alegria, amizade e companheirismo compartilhados ao longo de nossa jornada.

Aos meus outros amigos especiais da FD, com quem dei muitas risadas e dos quais vou sentir muita saudade: Átilla Djazziany, Fernando Firmeza (“Vou de táxi...”), Larissa Braga, Lucas Solon, Marília Maia e Sabrina Sobreira.

Ao Saullo Oliveira, meu miguxo do peito desde a época do cursinho pré-vestibular, por ter-se demonstrado verdadeiro amigo nas horas de provação.

À Defensoria Pública da União, órgão onde, como estagiária, adquiri um conhecimento que jamais imaginaria obter e para onde pretendo retornar como Defensora Pública.

Aos meus chefes, em especial ao Dr. Eduardo Negreiros, por, talvez sem saber, ser o profissional do Direito que eu quero ser um dia; e ao Dr. Filipe Augusto, por ter, pacientemente, me ajudado a desenvolver este trabalho, tendo sido meu orientador na prática.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da judicialização do direito à saúde no âmbito do acesso aos medicamentos não incluídos nos protocolos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde – SUS, fenômeno este que, em vista de seu crescimento, tem sofrido resistência por parte da doutrina e da jurisprudência pátrias, em razão de suposta ofensa aos princípios da reserva do possível e da separação de poderes. Nesse contexto, busca-se avaliar, portanto, a possibilidade da atuação do Poder Judiciário nessa seara, assim como a legitimidade de tal proceder. No primeiro capítulo, buscando-se explicar a fundamentalidade do direito à saúde, faz-se um breve histórico das gerações dos direitos fundamentais, bem como a exposição da previsão do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988. Ademais, analisou-se o princípio da universalidade, preceito que deve reger o direito à saúde, em sopesamento com o princípio da reserva do possível, à luz do método de Alexy de resolução de conflitos entre princípios. No segundo capítulo, adentra-se no mérito da possibilidade e da legitimidade da judicialização das políticas públicas, apresentando-se, para tanto, as críticas mais comuns feitas ao fenômeno e o aparato legal e principiológico que as desarma. Além disso, foi analisada a responsabilidade dos entes da federação na efetivação do direito à saúde, estudando-se, também, o subfinanciamento de que padece a saúde pública no Brasil, subfinanciamento este que é o principal responsável pelo crescimento das demandas de saúde levadas ao apreço do Judiciário. Por fim, foi apresentado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF acerca do tema do presente trabalho, com a exposição dos critérios estabelecidos pelo Tribunal por meio das informações colhidas na Audiência Pública nº 04/2009 (Audiência Pública sobre Judicialização da Saúde), realizada pela Suprema Corte no período de abril e maio de 2009. Ao final, se trouxe como caso concreto a Fosfoetanolamina, fármaco anticâncer, não fornecido administrativamente pela rede pública de saúde, e que vem sendo objeto de grande número de demandas judiciais, em busca da obtenção de seu fornecimento pelo Estado.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Medicamentos.

ABSTRACT

This work aims analyzing the legalization of the right of the phenomenon to health in the context of access to medicines not included in the protocols and therapeutic guidelines of the Sistema Único de Saúde - SUS, a phenomenon that in view of its growth, has been resisted by part of doctrine and jurisprudence homelands, due to alleged offense to the principles of reserve for contingencies and the separation of powers. In this context, we seek to evaluate, so the possibility of the Judiciary acting in this harvest, as well as the legitimacy of such a course. In the first chapter, seeking to explain the fundamentality of the right to health, it is a brief history of the generations of fundamental rights, as well as the prediction of exposure of the fundamental right to health in the Federal Constitution of 1988. Moreover, we analyzed the principle of universality, precept which should govern the right to health in deliberation with the principle of reservation as possible in the light of Alexy's method of resolving conflicts between principles. In the second chapter, enters into the merits of the possibility of legalization and legitimacy of public policies, presenting, therefore, the most common criticism of the phenomenon and the legal apparatus that disarms. In addition, the responsibility of federal entities in ensuring the right to health was analyzed by studying also the underfunding plaguing public health in Brazil, underfunding this which is primarily responsible for the growth of health demands brought to appreciation of the judiciary. Finally, the position of the Supreme Court - STF about the theme of this work was exposed, with the exhibition of the criteria established by the Court through the information gathered at the Public Hearing No. 04/2009 (Public Hearing on Health Judicialization) held by the Supreme Court between April and May 2009. At the end, it brought the case as the Phosphoethanolamine, anticancer drug, not supplied administratively by the public health, and that has been great object number of lawsuits in search obtaining its supply state.

Keywords: Right to Health. Judicialization of Health. Medications.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DO DIREITO À SAÚDE	13
1.1 Direitos Fundamentais: breve histórico	13
1.2 Saúde como Direito Fundamental e a sua previsão na Constituição Federal de 1988	14
1.3 O direito à saúde e o Princípio da Universalidade.....	19
1.4 O Princípio da Universalidade <i>versus</i> o Princípio da Reserva do Possível	21
2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	24
2.1 A taxatividade (?) do elenco de medicamentos contemplados pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME	24
2.2 O fenômeno da judicialização da saúde e as críticas contra ele apresentada	25
2.3 A responsabilidade dos entes federativos no que tange à efetivação do direito à saúde	29
2.4 O (sub)financiamento da saúde	32
3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO ACESSO A MEDICAMENTOS NÃO CONTEMPLADOS PELA LISTA DO SUS	41
3.1 Audiência Pública nº 4/2009 – Audiência Pública sobre Judicialização da Saúde	41

<i>3.1.1 O Registro de novos medicamentos pela ANVISA</i>	42
<i>3.1.2 Posicionamento do Conselho Federal de Medicina – CFM</i>	44
<i>3.1.3 Posicionamento do Sr. Luiz Alberto Simões Volpe (Beto Volpe)</i>	45
3.2 STA AgR 175 – O estabelecimento de critérios pelo ST	45
<i>3.2.1 Interferência judicial</i>	46
<i>3.2.2 Obrigatoriedade de registro na ANVISA</i>	47
<i>3.2.3 Existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS</i>	47
3.3. Fosfoetanolamina Sintética	49
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A despeito de já ter encontrado previsão, de certa maneira, em Cartas Constitucionais pátrias anteriores, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a “Constituição Cidadã”, que o direito à saúde, direito social integrante da denominada da segunda dimensão (ou geração) de direitos fundamentais, ganhou a relevância merecida.

A CRFB/88 versa amplamente sobre referido direito, não só prevendo-o, como também lhe garantindo efetividade, à luz do movimento neoconstitucionalista, pelo qual os princípios e valores constitucionalmente protegidos devem constituir os fundamentos do Estado Democrático de Direito, fundamentos estes dos quais se destaca a dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, aí incluídos os direitos sociais e, mais especificamente, o direito fundamental à saúde.

Do debate acerca da efetividade dessa categoria de direitos, com destaque para o direito à saúde, previsto no art. 196 da CRFB/88, é que parte a discussão a respeito de sua justiciabilidade e, conseqüentemente, do emergente fenômeno da judicialização da saúde, em que os demandantes socorrem-se à justiça para ver concretizada determinada prestação de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos que, por algum motivo, não foram obtidos administrativamente.

Em que pese ainda não haver sido a temática pacificada e ainda existir a proposição de alguns óbices à possibilidade de ajuizamento de demandas com esse objeto (teoria da separação dos poderes, o fato de a norma constitucional que prevê o direito à saúde estar positivada na forma de norma programática, a necessidade de previsão orçamentária, além do famoso embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial), o Supremo Tribunal Federal, especialmente após a realização de audiência pública, estabeleceu alguns critérios para orientar a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, admitindo-a possível, mas lhe estabelecendo limites, ressalvada, entretanto, a flexibilização dessas restrições na casuística concreta.

No presente trabalho, far-se-á um corte epistemológico para análise, no universo das demandas de saúde, da possibilidade de acesso a medicamentos excluídos dos protocolos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde – SUS. Para tanto, serão estudados os óbices propostos por aqueles que se posicionam contra a justiciabilidade da saúde, bem como o principal motivo pelo qual as demandas de saúde

perante o Judiciário vêm crescendo, o subfinanciamento de nosso sistema público de saúde.

Ademais, serão analisados aspectos importantes da audiência pública em saúde realizada pela Suprema Corte em 2009 e os critérios estabelecidos a partir das informações colhidas naquela oportunidade.

Por fim, com vistas a demonstrar a aplicabilidade concreta deste estudo, será apreciado o caso particular da Fosfoetanolamina, fármaco com possível efeito antitumoral (anticâncer) que merece atenção por ser objeto de um número crescente de ações judiciais.

1 DO DIREITO À SAÚDE

1.1 Direitos Fundamentais: breve histórico

De acordo com a definição de Uadi Lammêgo Bulos¹, “direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social”.

Embora direitos fundamentais, muitas vezes, sejam utilizados como sinônimos de direitos humanos, parte da doutrina, corretamente, os distingue. Nesse sentido, a lição de Sarlet²:

O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com documentos de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente da 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.

No que tange à origem das declarações de direitos, cujos antecedentes estão nos pactos, forais e cartas de franquia, sabido é que, classicamente, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a existência de três gerações (ou dimensões), etapas pelas quais passaram os direitos fundamentais.

A primeira geração, surgida no final do século XVIII, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos³, os quais buscavam libertar a sociedade do absolutismo vigente à época. Neste contexto, o Estado era considerado o grande inimigo da liberdade individual, atravancador do desenvolvimento burguês, e, em razão disso, fazia-se necessário promover a limitação do poder estatal. Tal limitação foi levada a efeito com as denominadas *prestações negativas*, as quais tinham por escopo um dever de não fazer do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 515.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Apud: PACHECO, Eliana Descovi. **Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4207>. Acesso em: 23.11.2015.

³ BULOS, *op. cit.*, p. 518.

liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação, à propriedade, à participação política etc.

No século XX, após a Primeira Guerra Mundial, adveio a segunda geração de direitos fundamentais, fundada no ideário de igualdade, com vistas a diminuir as desigualdades acentuadas por fatores econômicos, físicos, culturais ou de qualquer natureza. Esta geração, que compreende os direitos sociais, econômicos e culturais e guarda estreita relação com a necessidade de regulação das novas relações de trabalho, prestigiou as chamadas *prestações positivas* por parte do Estado, que deveria assegurar ao homem o bem-estar e a igualdade. Segundo Bulos⁴, “aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice”.

Em resposta às atrocidades praticadas na primeira metade do século XX (Primeira e Segunda Guerras Mundiais), o direito passou a ocupar-se novamente das relações sociais, agora consideradas coletivamente, dando, assim, origem à terceira geração de direitos, a qual engloba os intitulados *direitos de solidariedade ou fraternidade*. Consoante nos ensina Bulos⁵, “os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade”, positivados em declarações e pactos internacionais, observando-se, neste ponto, o processo de internacionalização dos direitos humanos.

1.2 Saúde como Direito Fundamental e a sua previsão na Constituição Federal de 1988

Por tratar-se a saúde, objeto do presente trabalho, de um direito fundamental de segunda dimensão, faz-se necessário deter-nos no discorrer acerca dessa geração e do contexto histórico que a envolve.

Tratam-se, como dito anteriormente, dos direitos fundamentais sociais, ou direitos a prestações em sentido estrito, segundo Robert Alexy⁶, que os conceituou como sendo os direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que aquele, se possuísse

⁴ BULOS, *op. cit.*, p. 518.

⁵ BULOS, *op. cit.*, p. 518.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

recursos financeiros suficientes, e em havendo uma oferta bastante no mercado, poderia obter de particulares.

A Revolução Industrial, ocorrida na Europa nos séculos XVIII e XIX, foi marcada pelo grande salto tecnológico nos transportes e máquinas, o que revolucionou o modo de produzir (produção em grande escala e em menor tempo). Entretanto, esse desenvolvimento da produção se deu graças à exploração da classe trabalhadora (os empregados chegavam a trabalhar até 18 horas por dia, em condições precárias e a salários muito baixos).

O desemprego gerado pela crescente substituição do homem pela máquina, a concentração de renda nas mãos de uma minoria burguesa e as péssimas condições de vida da classe proletária desencadearam um série de problemas sociais e a consequente insatisfação da população.

Os direitos de liberdade (igualdade formal) não se demonstravam capazes de atender às necessidades da maioria da sociedade, ao contrário, ao inibir a atuação estatal, acabou por provocar o aumento da desigualdade social, o que gerou uma demanda pelo reconhecimento de direitos que promovessem a igualdade também material, tornando o Estado produtor de igualdade fática.

Nesse mister, o Estado passa a ser obrigado a realizar prestações positivas, proporcionando os meios necessários para consubstanciar regramentos de isonomia. Nesse sentido, surgiram diversos diplomas normativos e manifestos que versavam sobre as garantias sociais, são exemplos deles: a Constituição Francesa, de 1848, e, nesse mesmo ano, o *Manifesto Comunista*, de Karl Marx; a encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, do Papa Leão XIII; a Constituição Mexicana, em 1917; a Constituição Espanhola, em 1931; e a Constituição Brasileira de 1934.

Representando uma oposição ao sistema liberal vigente até então, os direitos fundamentais de segunda dimensão tiveram a dignidade da pessoa humana como axioma. Tal princípio pode ser definido, segundo nos ensina Eduardo Bittar⁷, como “a meta social de qualquer ordenamento que vise a alcançar e fornecer, por meio de estruturas jurídico-político-sociais, a plena satisfação de necessidades físicas, morais, psíquicas e espirituais da pessoa humana.”. Referido princípio, como escopo, confere

⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Apud: SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433>. Acesso em: 25.nov.2015.

direitos fundamentais à pessoa humana e embasa a necessidade de suas manutenção e concretização através de ações (segunda dimensão) e abstenções (primeira dimensão) estatais.

Nessa acepção, os direitos de segunda geração têm por função proporcionar o desenvolvimento do ser humano, de modo a fornecê-lo o piso vital mínimo (mínimo essencial para uma existência digna). E como conceber um piso vital mínimo sem incluir em sua composição a saúde?

A saúde é um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto de existência, seja como respaldo para qualidade de vida.⁸

Durante muito tempo, a saúde foi entendida meramente como o estado de ausência de doença. No entanto, tal definição não se mostrou satisfatória e, consoante veremos, hodiernamente, a saúde é tratada de forma bem mais abrangente.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, ocorrida apenas 20 anos após a Grande Guerra anterior e com poder de destruição muito maior, a sociedade internacional passou a promover a realização de acordos protetivos que visassem a resguardar a dignidade da pessoa humana, vide a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como a impulsionar a criação de organismos especiais destinados a garantir a proteção e efetivação de direitos considerados essenciais à humanidade, veja-se a Organização das Nações Unidas.

Dentre mencionados organismos especiais, imperioso é citarmos da Organização Mundial da Saúde (OMS), cuja criação (1946) demonstra o reconhecimento da saúde como direito essencial aos homens, e que assim conceitua tal direito: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.⁹

Confirmando e consagrando o direito à saúde como, além de direito fundamental, um direito humano, ou seja, inerente à pessoa humana a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 25, prevê que: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a

⁸ GÓIS, Vander Lima Silva de. **Desafios na efetivação do direito à saúde fundado no paradigma da Dignidade Humana.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Desafios.pdf>>. Acesso em: 25.nov.2015.

⁹ **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** Apud: SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 21.nov.2015.

saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”. (grifo nosso)

Essas declarações de direitos exerceram grande influência sobre o direito brasileiro ao longo dos anos, tendo, entretanto, atingido seu ponto máximo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a cognominada “Constituição Cidadã”, a qual versa amplamente sobre a saúde no Brasil, trazendo, no corpo de seu texto, vários dispositivos que se referem de modo expresso à saúde.

A saúde está elencada como direito fundamental social em nossa Constituição, que assim dispõe em seu art. 6º, *caput*, contido no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O art. 23, II, dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde.

Pelo art. 24, XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Pontue-se, entretanto, que os Municípios, por força do art. 30, I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada.

O art. 30, VII, confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Por força da Emenda Constitucional 29, de 13/9/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inc. VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional, modificando o inciso III do art. 35, previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo

exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Ressalvou-se, igualmente por força da EC 29/00, que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, IV).

É a saúde, ainda segundo a Carta Magna, a qual dispensa uma Seção inteira, dentro do capítulo destinado à Seguridade Social, para discipliná-la (Seção II – Da Saúde, do Capítulo II – Da Seguridade Social, do Título VIII – Da Ordem Social), direito de todos e dever do Estado, aqui considerado no sentido de Poder Público, consoante está assentado no art. 196, observe-se:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ainda no âmbito de referida seção, o art. 197 reconheceu como sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, “cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. A esse respeito, é importante ressaltar que o art. 129, II, atribui ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Tal norma ilustra a preocupação do constituinte em dar efetividade ao direito à saúde, já que no art.197 o classificou como serviço de relevância pública.

O art. 198, por sua vez, formulou a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

Pelo art. 199, foi facultada à iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de

saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º), vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º).

No art. 200, exaustivamente, foi feita a enumeração das atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.¹⁰

É, portanto, o direito à saúde, uma “disposição de direito fundamental”¹¹, não só por estar disposto como tal na CRFB/88 (sendo, assim, um direito humano positivado), como já amplamente demonstrado, mas também, por ter sido concebido no âmbito dos direitos fundamentais de segunda dimensão e estar consagrado em diversas declarações de direitos reconhecidas internacional e internamente. É, ainda, a saúde, em última análise, um direito fundamental por não existir dignidade da pessoa humana fora dela.

1.3 O Direito à Saúde e o Princípio da Universalidade

Por ser um direito fundamental, e, portanto um direito humano, é a saúde abrangida pelo Princípio da Universalidade, uma vez que os direitos humanos “possuem

¹⁰ DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSIVEL. Págs. 17 e 18. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Levy.pdf Acesso em: 27.nov.2015.

¹¹ ALEXY, *op. cit.*, p. 66.

implícita a cláusula da universalidade de acesso, porquanto devidos pela sua só condição de humanidade, independente de qualquer requisito”¹².

Além disso, no Brasil, a saúde, ao lado da previdência social e da assistência social, é englobada pelo sistema da seguridade social (Capítulo II, do Título VIII, arts. 194 a 204, da CRFB/88), que significa segurança social.

A maioria dos princípios informadores da seguridade social encontra-se relacionada no art. 194 da Constituição Federal, o qual traz, em seu parágrafo único, inciso I, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento.

Mencionado princípio, no que concerne ao direito à saúde no Brasil, tem por escopo assegurar acesso universal, integral e gratuito à saúde e, conforme apontado, possui duas facetas que se complementam, quais sejam: Universalidade de Cobertura, pela qual a prestação dos serviços públicos de saúde deve estar disponível a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país e mesmo aos não residentes; e Universalidade de Atendimento, que orienta que referidos serviços devem buscar contemplar o maior número possível de situações.

Corolário desse fundamento de universalidade é a criação de um sistema único de saúde regido pela diretriz do “atendimento integral” (art. 198 da Carta Magna). Sistema este que, vale expressar, tem incluída, em seu campo de atuação, dentre inúmeras outras ações, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, consoante nos informa a Lei 8.080/90¹³ (ou Lei Orgânica da Saúde), que regulamenta a saúde.

Supracitada lei ratifica o caráter de universalidade do direito à saúde, bem como reafirma o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, senão, vejamos:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, **devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.**

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e

¹² OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Hipossuficiência do Autor e Princípio da Universalidade.** Disponível em: <www.amp.org.br/inst/artigo/Artigo-33.doc>. Acesso em: 28.nov.2015.

¹³ Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

- a) de vigilância sanitária;
- b) de vigilância epidemiológica;
- c) de saúde do trabalhador; e
- d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

de outros agravos e no **estabelecimento de condições que assegurem acesso universal** e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (grifo nosso)

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto 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;

[...]. (grifo nosso)

1.4 O Princípio da Universalidade *versus* o Princípio da Reserva do Possível

O princípio da reserva do possível tem sido frequentemente associado à alegação de insuficiência de recursos apresentada pelo Estado como forma de se eximir do cumprimento de suas obrigações no campo dos direitos sociais. A invocação da cláusula da reserva do possível serviria como uma escusa, utilizada de forma genérica pelos entes estatais, para não concretizar os direitos sociais.¹⁴

Através da interpretação acima referida, o Princípio da Reserva do Possível representaria, pois, um limitador à efetividade dos direitos sociais e, conseqüentemente, um limitador da aplicação do princípio da universalidade em termos de saúde pública.

Entretanto, tal não é a acepção correta para referido princípio, estando a cláusula da reserva do possível, em seu significado original, muito mais relacionada à “razoabilidade das pretensões dos indivíduos perante os Estado, a determinar o que é

¹⁴ FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2012. Tese (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica (PUC), São Paulo. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 01.dez.2015.

possível ou não ser exigido da coletividade, do que propriamente com a noção de escassez de recursos econômicos para atender a estas prestações”¹⁵.

O Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência é uma construção do direito germânico concebida no âmbito de uma ação judicial em que se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que estabeleciam, em razão do exaurimento da capacidade de ensino nos cursos superiores de medicina, limitações absolutas de admissão em tais faculdades nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970.

Alguns estudantes que pretendiam o acesso ao ensino superior público questionaram essas restrições, alegando ofensa ao direito fundamental, previsto na Lei Fundamental Alemã, à liberdade profissional.

Apesar disso, o Tribunal considerou que as normas restritivas seriam constitucionais, desde que as restrições, estabelecidas por meio de lei, fossem fixadas nos limites do estritamente necessário, para isso argumentando que “o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social”¹⁶.

Assim sendo, podemos concluir que a ideia de reserva do possível para o direito alemão não se refere necessariamente aos fatores de limitação financeiros, mas com o que é razoável ao indivíduo exigir do Estado como prestação, no sentido de que nem todas as subjetividades podem ser abarcadas pelo poder público.

O fato é que, após a utilização do termo “reserva do possível” no contexto acima explicitado, a expressão se disseminou, passando a ser utilizada, indiscriminadamente, para justificar a não efetivação de direitos sociais com base apenas na reserva do financeiramente possível.

O Brasil é um exemplo dessa incorporação inadequada. Inadequada tanto pelo fato de a cláusula da reserva do possível, tal como é aplicada no Brasil, não corresponde, como demonstrado, ao seu significado original e correto; como também

¹⁵ FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2012. Tese (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica (PUC), São Paulo. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 01.dez.2015.

¹⁶ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. In: FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2012. Tese (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica (PUC), São Paulo. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 01.dez.2015.

pelo fato de que a realidade social observada em nosso país em nada se parece com a apresentada na Alemanha. Há entre os dois países diferenças socioeconômicas abissais.

Não dá, portanto, para simplesmente importar tal conceito, com base no Direito Constitucional Comparado, quando o Brasil é um país em permanente crise social, não devendo ser a reserva do possível invocada como obstáculo à efetivação dos direitos sociais às prestações positivas por parte do Estado, nem como pretexto para a omissão por parte deste.

É bem verdade que os recursos estatais são, de fato, finitos, entretanto, a falta de recursos não poderia prejudicar a realização do mínimo existencial, e quanto a isso, há certo consenso na doutrina pátria. E o que seria o mínimo existencial sem a garantia dos direitos à vida e à saúde?

Por conseguinte, a aplicação do princípio da reserva do possível deve ser excepcional, devendo estar “circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporados por normas constitucionais atributivas de direitos públicos a seus destinatários.”¹⁷.

De acordo com Alexy¹⁸, se dois princípios colidem, como é o que se observa, *in casu*, um dos princípios terá que ceder. Contudo, isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. No que se subsume ao presente trabalho, entendemos ter o princípio da universalidade de acesso à saúde prioridade em relação ao princípio da reserva do possível.

Assim sendo, não há que se falar em mitigação do direito à saúde, que foi constitucionalmente atribuído a todos, em decorrência de aplicação do princípio da reserva do possível, até porque o princípio da universalidade de acesso à saúde é, nas circunstâncias socioeconômicas em que o Brasil está inserido, superior, na medida em que é preceito necessário à real concretização dos direitos à vida e à saúde, ao princípio da reserva do possível. E não há dúvidas (pelo menos, não deveria haver) acerca da primazia de referidos direitos frente ao interesse financeiro (e secundário) do Estado.

¹⁷ JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. Apud: FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2012. Tese (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica (PUC), São Paulo. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 01.dez.2015.

¹⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 93.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 A taxatividade (?) do elenco de medicamentos contemplados pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME

Na Assembleia Mundial de Saúde, principal órgão decisório da OMS, em sua 28ª edição, a qual fora realizada em 1975, o Diretor Geral da OMS apresentou um informe que examinava os principais problemas dos países em desenvolvimento no que tange aos medicamentos, referindo-se ao uso de medicamentos essenciais e à implantação de uma política de medicamentos com a finalidade de estender o acesso desses às populações cujas necessidades não estavam sendo atendidas pelos sistemas de saúde.

Em 1977, foi divulgada a primeira Lista Modelo de Medicamentos Essenciais, lista essa que é revisada a cada dois anos, sendo a atual a décima nona (2015).

De acordo com a declaração do relatório inicial, entretanto, por causa das grandes diferenças entre os países, não é possível estabelecer uma lista de medicamentos que seja adotada pelos Estados-membros de modo integral, uniforme e atendente à multiplicidade de situações, naturalmente particularizadas. Em razão disso, cada país tem a responsabilidade direta de promover a avaliação e a adoção de uma lista de medicamentos essenciais, servindo a lista de medicamentos essenciais baseada nas diretrizes do informe em comento como um modelo que se presta a embasar a identificação de prioridades e a confecção da listagem própria por parte de cada país.

No Brasil, aqueles que necessitam de tratamento médico medicamentoso somente podem ter acesso, no âmbito administrativo, aos medicamentos incluídos Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, a qual começou a ser adotada em 1978, pela Organização Mundial de Saúde – OMS, e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da organização e de seus países membros.¹⁹ Ocorre que, a despeito das periódicas revisão e atualização pelas quais passa, referida relação não é capaz de prever todo e qualquer quadro clínico, nem determinar, em todos os casos, o melhor tratamento para uma situação específica.

Por tais motivos é que se defende que a lista estabelecida por meio do RENAME não represente um elenco taxativo, limitador das terapêuticas passíveis de

¹⁹ Disponível em: <<http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>>. Acesso em: 18.nov.2015.

serem fornecidas pelo SUS, mas que apenas exerça o papel orientador das políticas públicas de saúde, de modo a que se possa ter acesso, por meio do sistema único, não apenas aos fármacos nela previstos, mas a todos aqueles que, prescritos por um médico, apresentem efeitos terapêuticos superiores em cada estado clínico.

Não se reputa razoável que uma pessoa que, comprovadamente (através de receita médica), necessite de determinado fármaco (pois este é o mais adequado para tratá-la), excluído da lista do SUS, e não consiga, administrativamente, ter acesso a ele.

2.2 O fenômeno da judicialização da saúde e as críticas contra ele apresentadas

Em virtude da dificuldade encontrada por pacientes que necessitam de tratamento com fármacos não elencados como essenciais, além de outras demandas como a obtenção de atendimento médico, leitos de UTI e insumos terapêuticos e realização de procedimentos cirúrgicos, é que se tem observado um assustador aumento dos índices de judicialização da saúde, isso porque o Estado tem se mostrado pouco eficaz na efetivação do direito à saúde, especialmente no que se refere a essa assistência médico-farmacêutica²⁰. Assim, busca-se o Poder Judiciário para que este, através de decisão judicial, determine a realização prática do direito à saúde no caso concreto levado a apreço.

A alta intensidade da demanda judicial no âmbito da saúde reflete-se, por exemplo, na ampliação da procura da Defensoria Pública, com o objetivo de garantir o acesso à justiça e a consecução do direito à saúde, notadamente o direito de ver fornecidos pelo poder público medicamentos de alto custo não contemplados pelo RENAME.

Apesar de, atualmente, o Judiciário exercer progressiva influência nas políticas públicas de saúde, existem entraves a essa tendência.

Um deles é a argumentada impossibilidade de atuação do juiz como legislador positivo (apenas como “legislador negativo”, isto é, não possui a prerrogativa de criar leis, apenas de retirá-las, revogando-as total ou parcialmente, do ordenamento jurídico, caso entenda pela inconstitucionalidade destas), afirmando-se que o controle

²⁰ BARIONE, Samantha Ferreira; GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 08.dez.2015.

jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática.²¹

A par disso, não caberia ao Poder Judiciário ampliar o alcance da norma, permitindo que pessoas excluídas de sua aplicação sejam por ela beneficiadas, sob a justificativa de que esse proceder feriria gravemente o Princípio da Separação dos Poderes, pois estaria aquele Poder invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo.

Apoia-se a crítica, ademais, na circunstância de a norma constitucional que prevê o direito à saúde estar positivada na forma de norma programática, devendo referido direito ser garantido através de políticas sociais e econômicas, não por meio de decisões judiciais.²²

Ocorre que as normas de caráter programático “não podem 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.”²³

É bem verdade que a atividade judicial deve, sim, guardar parcimônia, entretanto, em hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição ou, ainda, em casos de não atendimento do mínimo existencial, a atuação do Judiciário no sentido de fazer valer os direitos fundamentais, lastreada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, representa o cumprimento da função, que lhe é inerente, do controle dos abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.

Além disso, não há falar em afronta ao princípio da separação de poderes, vez que “o Judiciário não intervém ordinariamente na implementação e execução de

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** *Revista da Procuradoria-Geral do Estado - Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 31, n. 66, p. 103, jul./dez. 2007. Disponível em:

<<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/3464/La%20Inalienabilidad%20de%20los%20Derechos%20Humanos.%20An%C3%A1lisis%20Sistem%C3%A1tico%20sobre%20el%20conocido%20caso%20del%20lanzamiento%20de%20enanos.pdf?sequence=1#page=89>>. Acesso em: 08.dez.2015.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** *Revista da Procuradoria-Geral do Estado - Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 31, n. 66, p. 104, jul./dez. 2007. Disponível em:

<<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/3464/La%20Inalienabilidad%20de%20los%20Derechos%20Humanos.%20An%C3%A1lisis%20Sistem%C3%A1tico%20sobre%20el%20conocido%20caso%20del%20lanzamiento%20de%20enanos.pdf?sequence=1#page=89>>. Acesso em: 08.dez.2015.

²³ RTJ 175/1212-1213.

políticas públicas, só o fazendo para concretizar os direitos existenciais assegurados na Carta Magna. Entender o contrário seria exigir que o Judiciário se omitisse de seu dever constitucional de fazer cumprir a Constituição e as leis”²⁴.

Superado o argumento de que a judicialização do direito à saúde representa, intrinsecamente, violação ao princípio da separação de poderes, faz-se necessária a análise de outra justificativa evocada pelo Estado para barrar a “intromissão” do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, qual seja, a necessidade de previsão orçamentária.

Neste âmbito, a Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

Por tais previsões, é possível verificar que houve um cuidado por parte do constituinte em planejar as despesas realizadas pelo Poder Público. Todavia, isso não é capaz de impedir o juiz de ordenar ao Poder Público a execução de determinada ação geradora de despesas para fazer valer o direito, constitucionalmente previsto, à saúde.

As normas em comento (previsão orçamentária e direito à saúde), as quais estão em colisão no caso concreto, encontram-se no mesmo nível hierárquico, uma vez que ambas estão contempladas em nossa Lei Maior. Assim sendo, pelo já analisado método de resolução de conflito de normas de Alexy, cabe ao julgador dar prevalência ao direito fundamental em virtude de sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária. Nesse sentido, vale destacar trecho da importante lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, proferida quando da apreciação da Pet. 1246-SC: “[...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do estado, entendo – uma vez

²⁴ BARROS, Julianne Bezerra. **Separação de Poderes, Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e Neoconstitucionalismo.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11078&revista_cader no=9>. Acesso em: 08.dez.2015.

configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida.”²⁵

Contudo, é inegável que o direito à saúde, como direito prestacional que é, possui um custo, e que os recursos financeiros são finitos.

Nesta senda, é relevante sublinhar a “Teoria dos Custos do Direito”. Esta teoria surgiu na década de 90, com a publicação da obra “O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende de impostos”, dos juristas norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein²⁶. Para os autores, “direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos”²⁷, e, “como há uma extensa lista de atividades a implementar, nem sempre o *quantum* apurado será suficiente para tudo”.²⁸

Por tal teoria, haveria plena subordinação da Ciência Jurídica à Economia, Administração e Contabilidade, em razão de serem os direitos fundamentais, para Holmes e Sunstein, insustentáveis e ilimitados, devendo, quando de sua efetuação, ser observados os conceitos de escassez econômica e do *homo economicus*²⁹, pautando-se no princípio da reserva do possível.

Todavia, segundo Andréas Krell, posicionamento com o qual nos alinhamos, no que tange ao direito à saúde, e em contraponto à Teoria dos Custos do Direito, “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e

²⁵ PET 1246 SC. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 12.dez.2015.

²⁶ SILVA, Liliane Coelho da. **Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21850/reserva-do-possivel-orcamento-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 12.dez.2015.

²⁷ HOLMES, Stephen; e SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos – por que a liberdade depende dos impostos**. Apud: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Os Custos dos Direitos, Parte I**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein-demonstram-custo-financeiro-direitos#_ftn3>. Acesso em: 21.dez.2015.

²⁸ SILVA, Liliane Coelho da. **Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21850/reserva-do-possivel-orcamento-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 12.dez.2015.

²⁹ O "Homo Economicus" é o conceito segundo o qual o Homem é um ser racional, perfeitamente informado, que faz escolhas lógicas e na tomada de decisões pesa os custos face aos benefícios, de forma a maximizar a sua riqueza. Ele é inteligente, analítico, egoísta e possuidor do autocontrole necessário à persecução dos seus objetivos futuros. Não é influenciado pelo seu estado físico nem por sentimentos e é dominado exclusivamente pela busca da máxima satisfação dos seus interesses econômicos - a obtenção da maior quantidade de bens com o menor dispêndio de recursos. Definição disponível em: <<http://www.consumidor.pt/ms/1/pagina.aspx?codigoms=5005&back=1&codigono=00260030AAAAA AAAAAAAAAA>>. Acesso em: 17.dez.2015.

saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?’”³⁰.

Em verdade, a Administração Pública insiste na justificativa de que subsiste a escassez material de recursos, a qual estaria presente, sobretudo, em administrações marcadas pela baixa capacidade financeira, impondo ao governo a necessidade de estabelecer escolhas trágicas para a eleição de prioridades. Entretanto, tal não deve servir à Administração Pública como uma espécie de escape com vistas a relativizar o compromisso estatal, no tocante ao direito à saúde, perante os administrados. Não pode a justificativa em comento prestar-se a legitimar a escusa do administrador na gestão dos recursos, sejam estes escassos ou não, pois referido comportamento traria como consequência o esvaziamento das ações públicas em termos de prestações de serviços e eleição de políticas públicas, o que geraria enorme retrocesso social, principalmente em se considerando a realidade social brasileira, marcada pela extrema carência de parte significativa da população.

2.3 A responsabilidade dos entes federativos no que tange à efetivação do direito à saúde

Em relação à assistência à saúde, a Constituição Federal sufragou a competência comum de todos os entes federados em favor do cidadão e da coletividade, *ex vi* do art. 23, II:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...]
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
[...].

Em harmonia com citada determinação, a Constituição Federal institui em seu art. 196, *caput*, como já exposto em tópico anterior, que o direito à saúde é “direito de todos e dever do Estado”. E, uma vez que o Estado brasileiro foi constituído sob a forma federativa, consoante firmado no art. 60, §4º, I, da Magna Carta³¹, a todos os

³⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Apud: BARIONE, Samantha Ferreira; GANDINI, João Agnaldo Donizeti;; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 21.dez.2015.

³¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

entes da federação – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – foi designada a obrigação de promover a saúde pública de forma solidária (princípio da solidariedade).

A esse respeito, a Lei 8080/90, em seu art. 7º, XI, determina a “conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população”, fomentando o princípio de solidariedade.

Aliás, a responsabilidade solidária dos entes é ponto pacífico na jurisprudência nacional, notadamente no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, colaciona-se voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, no âmbito da AgR 175³²: “Assim, apesar da responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada ao determinar a responsabilidade do Estado no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (art. 23, II, da CF), Lei Federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte.”. Continua o Ministro: “A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta no art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor Municipal, Estadual ou Federal), de prestações na área da saúde. [...] Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública – Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária.”.

A responsabilidade solidária dos entes federados também é tema sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: “Pacífica a jurisprudência do STJ de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios. Assim, qualquer um desses entes tem

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

[...].

³² STF – STA: 175 CE. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 26.dez.2015.

legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de ação visando garantir o acesso a medicamentos para tratamento de saúde.”³³

No entanto, a despeito de, em razão do princípio da solidariedade, os profissionais do direito, notadamente o membro do Ministério Público, Advogado ou Defensor Público, poderem eleger no polo passivo de suas demandas qualquer um dos entes ou mesmo todos; o caráter solidário do dever de efetivação do direito à saúde não significa que não haja uma divisão de responsabilidades entre os entes federados. Ao contrário, a gestão da saúde pública impõe uma organicidade complexa de divisão administrativa de competência.

Nesta senda, o art. 198, I, da Lei Maior, assim estabelece:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
[...].

Ademais, o art. 8º da Lei nº 8080/90, também chamada Lei Orgânica da Saúde, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, determina que “as ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.”

Neste ponto, faz-se necessário advertir que não há hierarquia entre os entes federados, o que há é a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, a qual é exercida: no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (Art. 9º, Lei nº 8080/90³⁴).

Ainda pela Lei Orgânica da Saúde, os gestores da saúde, no âmbito da União, Estados e Municípios, procedem à divisão administrativa de competência através das intituladas Comissões Intergestoras Bipartite (Estados e Municípios) e Tripartite

³³AgRg no REsp 937.426/SC. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26215/responsabilidade-solidaria-dos-entes-federativos-quanto-ao-fornecimento-de-medicamentos>>. Acesso em: 26.dez.2015.

³⁴ Art. 9º. A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

(União, Estados e Municípios) ³⁵. Nessas reuniões, os gestores da saúde discutem, em instância colegiada, a pactuação de aspectos operacionais e de regulamentação das políticas de saúde no âmbito da gestão do Sistema Único de Saúde.

2.4 O (sub)financiamento da saúde

A saúde, de acordo com o já mencionado art. 194, *caput*, ao lado da previdência e da assistência sociais, componente da Seguridade Social. Para o financiamento da Seguridade Social, os constituintes de 1988 criaram um orçamento específico: o orçamento da Seguridade Social, que deveria receber recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198, §1º)³⁶.

A partir desta definição, o financiamento do SUS é tripartite, com recursos oriundos do orçamento da Seguridade Social e Fiscal no âmbito federal e recursos dos orçamentos fiscais de estados e municípios.

O orçamento da Seguridade Social tem como fontes as Contribuições Sociais, dentre as quais as mais importantes são: a Contribuição de Empregados e Empregadores sobre a Folha de Pagamento, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das Pessoas Jurídicas, o PIS, o PASEP, parte da arrecadação dos Concursos de Prognóstico, 50% do Seguro Obrigatório de Acidentes Automotivos, a Contribuição para o Salário Educação,

³⁵Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo:

I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde;

II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados;

III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

³⁶ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

a Contribuição do Plano de Seguridade Social dos Servidores e, entre 1997 e 2007, a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF.³⁷

No tocante à CPMF, cumpre deter-nos um pouco mais no discorrer sobre tal tributo. Para tanto, foram colhidas as seguintes informações junto ao sítio eletrônico do Senado Federal.

A Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) foi uma cobrança que incidiu sobre todas as movimentações bancárias — exceto nas negociações de ações na Bolsa, saques de aposentadorias, seguro-desemprego, salários e transferências entre contas correntes de mesma titularidade — e vigorou no Brasil por 11 anos.

A primeira experiência com esse tipo de contribuição foi feita com o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), aplicado apenas no ano de 1994. Em 1996, o governo voltou a discutir a possibilidade de instituir novamente uma cobrança sobre movimentação financeira, com o objetivo de direcionar a arrecadação desse tributo para a área da saúde. No ano seguinte, começou a ser cobrada a CPMF.

A contribuição foi prorrogada diversas vezes. Em outubro de 2007, a Câmara aprovou proposta que estendia a cobrança da CPMF até 2011, mas a iniciativa foi derrotada no Senado dois meses depois. À época, o governo alegou que o fim da CPMF resultaria numa perda de arrecadação de cerca de R\$ 40 bilhões em 2008.

De 1997 a 2007, a CPMF arrecadou R\$ 223 bilhões. Em 2007, último ano de vigência da contribuição, foram recolhidos R\$ 37,2 bilhões, segundo balanço divulgado pela Receita Federal.

O crescimento da receita gerada pela CPMF entre 1998 e 2006 foi de 216,1%, enquanto o montante de tributos administrados pela Receita Federal evoluiu 78,4% no mesmo período, em termos reais.

Apesar de ter sido criada para financiar a saúde, não havia essa obrigação na lei, e R\$ 33,5 bilhões foram usados para financiar outros setores.³⁸

Atualmente, os percentuais de investimento financeiro dos Municípios, Estados e União no SUS são definidos pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, resultante da sanção presidencial da Emenda Constitucional 29.

Por esta lei, os estados devem aplicar anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157 e o art. 159, incisos I, “a”, e II, da Constituição Federal³⁹. Já aos municípios cabe a aplicação, também anual, de 15% da

³⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Mozart de. **O Financiamento do Sistema Único de Saúde no Brasil**. Apud: GOULART, Flávio A de Andrade (Org.). **Os médicos e a Saúde no Brasil**. Editoração Eletrônica: CMJ Online, 1998. Disponível para download em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/medicos_saude_brasil/cap5.htm>. Acesso em: 29.dez.2015.

³⁸ Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/cpmf>>. Acesso em: 29.dez.2015.

³⁹ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
 II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
 III - propriedade de veículos automotores. [...].

arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos a que se referem o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o §3º do art. 159, todos da Constituição Federal⁴⁰. O Distrito Federal, por sua vez, deve empregar 12% do recolhimento dos

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

[...]

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

[...].

⁴⁰ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

[...].

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: [...]

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

[...]

§ 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

[...].

mesmos impostos e recursos definidos para os estados³⁹, e 15% daqueles definidos para os municípios⁴⁰.

No caso da União, o montante aplicado deve corresponder ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual relativo à variação do Produto Interno Bruto (PIB) do ano antecedente ao da lei orçamentária anual.

Entretanto, apesar das determinações acima expostas, as verbas ainda se apresentam insuficientes para o SUS funcione em toda a amplitude para a qual foi criado.

A missão constitucional do SUS é ambiciosa. Sendo a saúde um “direito de todos” e um “dever do estado”, cada brasileiro, rico ou pobre, deve ter, pelo menos em tese, todas as suas necessidades de saúde atendidas pelo poder público sem pagar nada diretamente – de uma simples aspirina a um remédio anticâncer que custa milhares de reais, de uma corriqueira consulta médica por causa de uma dor de garganta a uma complexa cirurgia no coração.

Em certos casos, o SUS tem feito um trabalho exemplar. É o que se vê no tratamento dos infectados pelo vírus HIV, por exemplo. Contudo, na maioria dos serviços, inclusive no que tange ao fornecimento gratuito de medicamentos, a saúde pública no Brasil funciona de forma bastante precária.

É bem verdade que tal precariedade não tem um único motivo. Especialistas responsabilizam tanto as falhas na gestão (a rede extremamente abrangente, capilarizada e complexa) quanto a corrupção (desde governantes que desviam verbas a médicos que batem o ponto e vão embora sem dar expediente), mas também são enfáticos ao apontar que o subfinanciamento é o maior dos problemas enfrentados pela saúde pública brasileira.

De acordo com os dados apresentados pela revista “Em discussão!”⁴¹ (Revista de audiências públicas do Senado Federal), em sua edição de fevereiro de 2014, em 2012, foi gasto, com saúde, um montante em torno de R\$ 173 bilhões.

Apesar de a quantia parecer astronômica, não o é quando se fala de saúde pública. Algumas comparações feitas pela revista demonstram a veracidade de tal afirmativa.

⁴¹ **FINANCIAMENTO da Saúde – À espera de resgate.** *Em discussão!*-Revista de audiências públicas do Senado Federal, Brasília, ano 5, nº 19, fev. 2014, p. 8. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201401%20-%20fevereiro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_fevereiro_2014_internet.pdf>. Acesso em: 04.jan.2016.

A primeira comparação é com a rede privada. De todo o dinheiro destinado a financiar a saúde brasileira, mais da metade (54%) está no setor privado. A parcela menor (46%) mantém o sistema público. Em vista desse quadro, o Brasil é o único país com sistema de acesso universal à saúde onde o gasto privado é mais alto que o gasto público. O desequilíbrio torna-se ainda mais evidente quando se leva em consideração que 76% dos brasileiros não possui plano de saúde.

A segunda comparação é internacional, com países que mantêm um sistema universal e integral, tal qual o SUS. Considerando-se a participação do poder público no custeio de todos os gastos nacionais com saúde, o Brasil (46%) gasta bem menos do que o Reino Unido (83%), o Canadá (70%) e a Argentina (61%). Tomando-se o produto interno bruto (PIB) como medida, a situação se repete. No Brasil, o poder público investe em saúde 4% do PIB, também menos que o Reino Unido (7,7%), o Canadá (7,8%) e a Argentina (4,9%).

A última comparação apresentada é com os planos privados de saúde. Enquanto os convênios médicos gastam, em média, R\$ 160,00 por mês com cada um de seus clientes, a rede pública desembolsa R\$ 72,00 mensais – menos da metade – com cada brasileiro.

Aqueles que militam contra a possibilidade de se levar demandas de saúde ao Judiciário poderiam querer valer-se dos números acima apresentados para tentar legitimar a proibição da judicialização das políticas públicas, alegando há um reconhecido subfinanciamento da saúde pública no Brasil e que a prática de se socorrer da Justiça para obter do governo remédios e tratamentos não encontrados na rede pública faz a conta da saúde ficar mais cara.

Realmente, não se pode negar que o fenômeno da judicialização provoca um aumento nos gastos com a saúde. Porém, não se deve confundir causa e consequência, uma vez que o crescimento da judicialização ocorre justamente em razão do mau funcionamento do SUS, originado pela insuficiência de recursos a ele destinados. Podemos afirmar que, se o sistema pretensamente universal, de fato, atuasse de forma integral, as demandas de saúde levadas ao Judiciário seriam drasticamente reduzidas, podendo chegar a quase zero, pois é o déficit na saúde que provoca o aumento da procura pelo Judiciário, e não o contrário.

De acordo com Mário Scheffer⁴², professor de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo (USP), os ministros da Saúde esbarram na força dos ministérios da área econômica: “O SUS vai continuar afundado em problemas enquanto prevalecer essa política econômica que prioriza a redução das despesas com ações sociais para alcançar elevados superávits primários e abater a dívida pública.”

Em 25 anos de existência, o SUS nunca contou com uma fonte de recursos ao mesmo tempo estável e suficiente. No início, o SUS tinha direito a 30% do orçamento da seguridade social, um guarda-chuva que abrigava previdência, assistência social e saúde. Na prática, a saúde não alcançava a porcentagem. As outras áreas tinham prioridade. A previdência exigia mais verbas por causa do rombo no caixa do INSS. A assistência social, por causa dos direitos sociais criados na nova Constituição.

Em 1993, o Ministério da Saúde deixou de receber recursos previdenciários. A situação ficou tão grave que, numa medida emergencial, chegou a tomar emprestado dinheiro do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), que guarda recursos do abono salarial e do seguro-desemprego.

A primeira grande resposta para o subfinanciamento do SUS foi dada em 1996, quando se criou a CPMF, na época conhecida como imposto do cheque. A CPMF seria derrubada em 2007. Durante o período em que vigorou, respondeu em média por 30% dos recursos federais da saúde.

O segundo movimento ocorreu em 2000, com a aprovação da Emenda Constitucional 29, que, como visto, estabeleceu os valores mínimos que União, estados e municípios teriam de aplicar no SUS. Os recursos se elevaram.

Um terceiro avanço se deu em 2012, com a regulamentação da Emenda 29, através da promulgação da Lei Complementar nº 141, pois antes disso, o poder público se valia de uma lacuna existente no texto da emenda para investir menos em saúde: como a EC 29 não definia, detalhadamente, o que é saúde pública, a União, os estados e os municípios lançavam na conta do SUS gastos com saneamento básico, merenda escolar e aposentadoria de funcionários públicos, por exemplo, e assim atingiam

⁴² **FINANCIAMENTO da Saúde – À espera de resgate.** *Em discussão!*-Revista de audiências públicas do Senado Federal, Brasília, ano 5, nº 19, fev. 2014, p. 17-18. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201401%20-%20fevereiro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_fevereiro_2014_internet.pdf>. Acesso em: 04.jan.2016.

artificialmente o valor mínimo obrigatório. A regulamentação estabeleceu que nada disso poderia sair dos cofres da saúde pública (art. 4º)⁴³.

Nenhum dos três passos, entretanto, foi capaz de dar a solução definitiva. A CPMF caiu, e a Emenda 29 e sua posterior regulamentação não conseguiram elevar a um nível satisfatório os recursos que a União aplica no SUS.

Em 2013, mais duas medidas foram aprovadas. “Primeiro, decidiu-se que 25% dos *royalties* do petróleo seriam aplicados em saúde. Depois, que 50% do valor das emendas parlamentares ao Orçamento de 2014 teriam o mesmo destino. Para os especialistas, foram ações tímidas. Eles dizem que só há uma solução: obrigar a União a gastar um percentual de suas receitas, tal qual estados e municípios. Para que o SUS funcione a contento, defendem que o piso esteja em 18,7% da receita corrente líquida da União (ou 10% da receita bruta)”⁴⁴.

Em 2012, dezenas de organizações da sociedade civil lançaram o Movimento Nacional em Defesa da Saúde Pública (Movimento Saúde+10), que visava o estabelecimento de uma norma pela qual o SUS passaria a receber 10% da receita bruta da União. O projeto teve cerca de 1,5 milhões de assinaturas e, em 2013, foi apresentado para o então presidente da Câmara, Henrique Eduardo Alves (PMDB-RN)⁴⁵.

No entanto, contrariando a proposta popular, o novo texto aprovado na Câmara, que deu origem à Emenda Constitucional 86, promulgada em 17 de março de

⁴³ Art. 4º. Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

- I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;
 - II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;
 - III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;
 - IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;
 - V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;
 - VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;
 - VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
 - VIII - ações de assistência social;
 - IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde;
- e
- X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

⁴⁴ **FINANCIAMENTO da Saúde – À espera de resgate.** *Em discussão!*-Revista de audiências públicas do Senado Federal, Brasília, ano 5, nº 19, fev. 2014, p. 18. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201401%20-%20fevereiro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_fevereiro_2014_internet.pdf>. Acesso em: 04.jan.2016.

⁴⁵ **SEM novas fontes de financiamento, SUS perderá R\$ 2 bilhões em 2016.** *Brasil de Fato*, São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/32957>>. Acesso em: 06.jan.2016.

2015, a qual, entre outras medidas, alterou o texto do inciso I do §2º do art. 198 da Constituição Federal⁴⁶, estabelecendo como percentual de recursos da União vinculados à saúde apenas 15% da receita corrente líquida da União a serem atingidos até 2019 (art. 2º, EC 86)⁴⁷.

Acontece que a diferença entre a Emenda Constitucional em tela (piso de 15% da receita corrente líquida federal) e o mencionado projeto de iniciativa popular (10% da receita corrente bruta da União) não reside unicamente nos percentuais e nas bases de cálculo do quanto a União deveria verter em favor das ações e dos serviços públicos de saúde.

Além da enorme redução da equação de financiamento (segundo uma estimativa aproximada, a perda em desfavor do SUS poderá chegar a R\$ 200 bilhões nos próximos cinco anos)⁴⁸, o novo arranjo constitucional inscrito no artigo 198, §§ 2º e 3º, incide fundamentalmente no horizonte de progressividade ou estagnação que se está a fixar para os próximos anos do SUS. Isso porque o artigo 3º da EC 86⁴⁹ determina que até mesmo os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural sejam contabilizados como gasto mínimo da União, ao invés de operarem como acréscimos ao mesmo.

Trata-se de uma sutil, mas muito prejudicial reversão das medidas conquistadas em 2013 (supra), segundo as quais seria destinado à saúde pública, em

⁴⁶ Art. 198. [...]

§ 2º [...]

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

⁴⁷ Art. 2º. O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

⁴⁸ PINTO, Élica Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. **Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto#_ftn3>. Acesso em: 06.01.2016.

⁴⁹ Art. 3º. As despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal.

acréscimo ao patamar mínimo constitucional, o montante de 25% das receitas oriundas da exploração do pré-sal.

Tais mudanças podem ser capazes de imprimir um ritmo menor aos avanços na conquista de novas fontes de recursos federais para o SUS.

Nesse contexto, importa destacar que a vulnerabilidade fiscal dos direitos sociais, e, em especial, do direito à saúde, tem sido um óbice concreto à sua plena efetividade desde a promulgação da Constituição de 1988, resultado de um conjunto de medidas e omissões que ora apenas tendem a se agravar.

É em razão disso que defendemos que o aumento das demandas de fornecimento de medicamentos levadas ao Judiciário não é a causa, como querem afirmar alguns, do desfalque constatado na saúde pública brasileira, é, antes, uma consequência deste. O baixo aporte de dinheiro de que padece o SUS desde a sua criação, ao lado da corrupção que desvia as verbas já insuficientes, é que são os originadores preponderantes das deficiências não só no provimento de medicamentos, como na saúde como um todo, o que, por conseguinte, tem gerado esse aumento assustador no fenômeno da judicialização da saúde.

Alguém duvida que, se o subfinanciamento fosse finalmente superado, o número de ações que pleiteiam o fornimento de fármacos e tratamentos sofreria sensível redução?

3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO ACESSO A MEDICAMENTOS NÃO CONTEMPLADOS PELA LISTA DO SUS

3.1 Audiência Pública nº 4/2009 – Audiência Pública sobre Judicialização da Saúde

Diante do aumento do número de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, sobretudo no tocante ao fornecimento de medicamentos, que vinham chegando ao Supremo Tribunal Federal (STF), o então presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, convocou audiência pública (Audiência Pública nº 04/2009) a fim de discutir a saúde pública no Brasil.

Referida audiência foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, quando foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo era ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria do SUS, com vistas a esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde do SUS.

Na sessão realizada no dia 04 de maio de 2009, foram abordadas questões relacionadas ao registro de medicamentos e insumos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e aos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS.

Quando da abertura de mencionada sessão, o Ministro Gilmar Mendes assim esclareceu a importância das discussões que ocorreriam naquele dia:

Não obstante as políticas de saúde existentes, vários cidadãos buscam garantir na Justiça o acesso a medicamentos e outras prestações de saúde, prescritas por médicos credenciados junto ao SUS, mas ainda não registradas na ANVISA, ou não recomendados pelos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS.

Esperamos que os conhecimentos técnicos e as experiências práticas que ouviremos, hoje, contribuam para o esclarecimento das razões que levam, em alguns casos, ao descompasso entre os protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS e o tratamento prescrito para algumas doenças. Possamos também elucidar o porquê de alguns desses medicamentos ainda não se encontrarem registrados na ANVISA.⁵⁰

⁵⁰ Registro na ANVISA e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS – Abertura. Pág. 2. *Op. Cit.*

Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/MGM_abertura.pdf. Acesso em: 08.jan.2016.

3.1.1 O Registro de novos medicamentos pela ANVISA

Com a palavra, o diretor-presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Dirceu Raposo de Mello, expôs os critérios para que um medicamento seja registrado pela entidade e todo o processo necessário para tanto.

Ele explicou que o tema é regulamentado pela Lei 6.360/76 e que, pelo art. 12 de referido diploma⁵¹, nenhum dos produtos de que trata a lei, inclusive importados, poderá ser industrializado, posto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde. Disse ele que, em razão disso, os técnicos da agência trabalham no sentido de constatar a segurança, a eficácia e a qualidade farmacotécnica do produto.

No caso dos medicamentos inovadores, ele afirmou que a entrada de produtos novos no mercado tem sido massiva e que a velocidade de inovação demonstrou-se muito rápida, havendo, portanto, a necessidade de avaliação técnica tanto para registro quanto para a incorporação de medicamentos, observando-se o uso racional desses produtos.

Para tanto, procede-se aos estudos pré-clínicos, realizados em animais ou em células em laboratório; depois ao ensaio clínico para a avaliação da eficácia dos novos medicamentos, fase em que são observados a segurança e bem-estar do sujeito da pesquisa, bem como as questões de saúde pública; depois da avaliação da eficácia, e observando-se o desfecho clínico, faz-se ou não a concessão do registro.

Para a concessão desse registro, por fim, temos o relatório de experimentação terapêutica, que consolida o resultado dos ensaios clínicos e apresenta justificativas técnicas; observa se a doença em questão, para o pedido do produto, é uma doença órfã ou negligenciada; se aquele produto tem relevância para a saúde pública; se há, ou não, ausência de alternativas terapêuticas eficazes e seguras; se a comodidade posológica e se a maior adesão ao tratamento será em decorrência daquele produto; apresentação dos riscos potenciais e da relação risco-benefício pelo requerente; e se a metodologia e o protocolo foram aceitáveis ou não.⁵²

⁵¹ Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata a Lei, inclusive importados, poderá ser industrializado e posto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

⁵²Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor_Presidente_da_ANVISA.pdf. Acesso em: 09.jan.2016. Pág. 7. *Op. Cit.*

3.1.2 Posicionamento do Conselho Federal de Medicina – CFM

Em seguida, falou o representante do Conselho Federal de Medicina (CFM), o Sr. Geraldo Guedes, o qual, discorrendo acerca da obrigação do Estado em fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS, ou que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública, pontuou que, perante o Código de Ética Médica, não existe médico do sistema privado ou público de saúde; todos são médicos de igual valor profissional, sendo capazes de realizar exames, administrar tratamentos e realizar acompanhamentos dentro de suas especialidades, inclusive prescrição, tratando-se, em quaisquer dos casos, de profissional habilitado.

Ressaltou, ainda, que a prescrição médica pertence ao paciente e não ao médico, independentemente de ele ser do sistema público ou privado, e que, assim, o CFM não entende a pretensa diferenciação entre médico do SUS e médico que não pertence aos quadros do SUS, uma vez que “todo cidadão brasileiro tem direito de acesso ao SUS”.

Quanto à obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas, se deteve o representante do CFM especialmente no âmbito da distribuição de medicamentos especiais, assinalando, nesse contexto, que “sempre que o fornecimento de medicamentos implica na vida biológica do indivíduo, a Justiça e até os Ministros do Supremo concordam que o Estado tem obrigação de atender à demanda” e que “esse tem sido um condicionante principal das decisões”.

Já no que concerne à obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos em tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS, o CFM acredita que é preciso definir se determinado procedimento médico é aceito e pode ser praticado com segurança; se é experimental, carecendo de maiores estudos de eficácia e viabilidade científica; ou ainda, se é vedada a sua utilização por já ter sido testado e constatada a sua ineficácia. Tais definições constituiriam parâmetro fundamental para a população que necessita de cuidados médicos.

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, por sua vez, segundo o CFM, “constituem um conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses.”. Assim sendo, “a princípio, um medicamento ou

tratamento em desconformidade com o Protocolo devem ser vistos com cautela, pois tendem a contrariar um consenso científico sobre a abordagem de um tratamento”.

No que diz respeito à obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto na lista do SUS, assevera Geraldo Guedes que os gestores públicos costumam alegar a escassez dos recursos financeiros e os interesses econômicos da indústria farmacêutica para justificar a negativa do fornecimento de alguns medicamentos de alto custo para poucos pacientes, e que eles sustentam, ainda, que deveria prevalecer o interesse maior da coletividade, que reclama recursos para atendimento de serviços mais essenciais e abrangentes. Diz Guedes que referidas objeções de caráter econômico têm fundamento, entretanto, precisam ser analisadas com cautela, pois que, embora o princípio bioético da Justiça clame pela equidade, propugnando pela distribuição dos recursos da saúde de forma a contemplar o maior número de indivíduos, não tem o condão de subordinar a seus ditames outros princípios bioéticos consagrados, como o da beneficência, o da não-maleficência e o da autonomia, não podendo, portanto, ser interpretado de forma a sacrificar algumas vidas para salvar outras, mesmo que estas sejam em maior número. Este seria “o lado mais cruel da visão utilitarista”.

Nesta contextura, conclui o representante que “em se tratando de vidas humanas, todo esforço deve ser empenhado para garantir o devido respeito pela dignidade da pessoa e o respeito universal efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

3.1.3 Posicionamento do Sr. Luiz Alberto Simões Volpe (Beto Volpe)

Acreditamos ser também importante, para a completude do presente trabalho, a exposição do depoimento de Luiz Alberto Simões Volpe, Beto Volpe, fundador do grupo Hipupiara Integração e Vida, instituição localizada em São Vicente/SP que atende mais de 200 pessoas vivendo com HIV.

Portador do vírus HIV, Beto Volpe já recorreu diversas vezes ao Judiciário para garantir os medicamentos anti-aids e disse que, graças à integralidade da assistência que recebeu, com fornecimento inclusive do coquetel antirretroviral, está vivo.

Falando com conhecimento de causa (Volpe afirmou já ter tido a necessidade de socorrer-se da via judicial para conseguir medicamentos: uma vez em 2002, para o medicamento Kaletra, e outra, em 2007, para o medicamento Darunavir),

acredita que cada pedido de liminar, em geral, não representa apenas um número, um gasto excessivo para a saúde pública, mas, sim, vidas e famílias que, normalmente, estão em circunstâncias muito similares à dele.

No tocante à obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS, o ativista defende que, como cumprimento ao direito constitucional à vida, os medicamentos certificados internacionalmente pelo FDA nos Estados Unidos ou pela EMEA na Europa, e cuja necessidade seja comprovada por receitas, laudos e exames, sejam disponibilizados administrativamente, sem a necessidade de intervenção judicial, mas sem que se abra mão da possibilidade de se recorrer ao Judiciário.

No decorrer de seu pronunciamento, o militante sugeriu a desburocratização na importação de insumos emergenciais em saúde, argumentando ser “inadmissível que um medicamento vital tenha o mesmo tratamento alfandegário que uma *Lamborghini* ou uma *Bugatti*”.

Defendeu, ainda, a criação, no âmbito da ANVISA, de comitê técnico composto pelas especialidades médicas envolvidas nas solicitações de medicamentos e outros insumos, indicados pelas respectivas sociedades brasileiras das especialidades envolvidas. Tal comitê teria como atribuição analisar as solicitações e decidir pela sua pertinência ou não, de forma a agilizar o processo de obtenção do medicamento por parte do cliente do SUS, poupando, assim, a sobrecarregada Justiça de processos desnecessários e elevando a qualidade de assistência em saúde por parte do SUS.

3.2 STA AgR 175 – O estabelecimento de critérios pelo STF

Trata-se de decisão de agravo de instrumento interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF, na qual o Min. Gilmar Mendes indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

A decisão agravada indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, mantendo, por conseguinte, a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat), em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick Tipo C, doença

neurodegenerativa rara que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos e que poderia ter seus sintomas reduzidos, com os consequentes aumento de sobrevida da paciente e melhora de sua qualidade de vida, com o uso do medicamento pleiteado.

Ao fundamentar o voto ora em estudo, o Min. Gilmar Mendes procedeu à análise das complexas questões relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, à luz das experiências e dos dados colhidos na Audiência Pública – Saúde (Audiência Pública nº 04/2009 - STF)⁵³, o que, para nós, serve de parâmetro para conhecer o posicionamento da Suprema Corte acerca da temática do presente trabalho acadêmico, qual seja, a possibilidade de acesso a medicamentos excluídos da lista do SUS.

3.2.1 Interferência judicial

Segundo o Min. Gilmar Mendes, um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública – Saúde é que o problema talvez não esteja na interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Nesta última situação, não há que se falar em interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros poderes.

A partir disso, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte.

No caso de a prestação de saúde requerida estar incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Supremo entente que “a existência de um direito subjetivo público a determinada política de saúde pública parece ser evidente”⁵⁴.

Por outro lado, “se a prestação de saúde não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”.

⁵³ Vide Item 3.1.

⁵⁴ STA 175 CE. P. 20. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 10.jan.2016.

3.2.2 Obrigatoriedade de registro na ANVISA

Ao discorrer sobre este tipo de situação, o Ministro, primeiramente, abordou a questão da vedação à Administração Pública de fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA, afirmando que o entendimento por tal vedação havia restado claro através dos depoimentos prestados na Audiência Pública, fundamentados no art. 12 da Lei Federal nº 6.360/76⁵¹.

Além disso, os arts. 16 e 18 de referida lei estabelecem, respectivamente, que, dentre os requisitos para a obtenção do registro, está o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe; e que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

Ademais, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. “Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.”⁵⁵

“Por tudo isso”, conclui o Ministro, é que “o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.”⁵⁶

3.2.3 Existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS

De acordo com o voto sob análise, este é o segundo dado a ser examinado, o qual pode se bifurcar, ainda, em dois tipos de situações, quais sejam: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

⁵⁵ STA 175 CE. P. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 11.jan.2016.

⁵⁶ STA 175 CE. P. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 11.jan.2016.

Com relação ao presente critério, o STF entende que, em princípio, se o SUS fornece tratamento alternativo, este deverá ser privilegiado em detrimento de opção diversa, sempre não for comprovada a impropriedade ou a ineficácia da política de saúde já existente. Isso porque o SUS filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências” e, em razão disso, foram adotados os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”⁵⁷.

De mais a mais, explica Gilmar Mendes que a viabilidade de um sistema universal como SUS depende da elaboração de políticas públicas que distribuam os recursos da forma mais eficiente possível, não se reputando razoável (ou mesmo possível) que todo e qualquer pedido de prestação de saúde seja atendido.

Contudo, a existência de uma preferência pela adoção de políticas de saúde já existentes no âmbito do SUS sobre as não existentes “não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.”⁵⁸ Assim, “não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.”⁵⁹

Quanto à segunda situação, qual seja a inexistência de tratamento na rede pública, diz o STF que é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

No que diz respeito aos medicamentos experimentais, o Supremo estabelece que não é possível obrigar o Estado a fornecê-los, pois, “[...] essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las.”

Por outro lado, no que se refere aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), a Suprema Corte ensina que tal situação inspira cuidado, uma vez que a inexistência de previsão de determinado medicamento na lista do SUS não deve provocar a violação ao princípio da integralidade do sistema. Desse modo, nesses casos, “a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser

⁵⁷ Vide quinto parágrafo do subitem 3. 1. 2.

⁵⁸ STA 175 CE. P. 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 11.jan.2016.

⁵⁹ STA 175 CE. P. 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 11.jan.2016.

objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas”, no entanto, “é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas”, a fim de que se contemplem as especificidades do caso concreto examinado.

3.3 Fosfoetanolamina Sintética

Fármaco que merece atenção é a Fosfoetanolamina Sintética, e é um exemplo que se encontra em voga atualmente, apto a ilustrar a aplicabilidade do tema aqui tratado.⁶⁰

A Fosfoetanolamina é uma substância produzida pelo corpo humano e pode ter função antitumoral, possuindo ação antiproliferativa e estimulante da apoptose (explicada como “morte celular programada”), sendo, por isso, capaz de impedir a proliferação e disseminação das células tumorais.

A Fosfoetanolamina sintética é uma molécula fosforilada artificialmente e cuja síntese foi realizada pela primeira vez por um grupo de cientistas do Departamento de Química Analítica em São Carlos, vinculado à Universidade de São Paulo – USP, dentre eles o Dr. Gilberto Orivaldo Chierice⁶¹, hoje aposentado do Instituto, o qual estudou a droga por mais de vinte anos.

Os estudos apresentados até agora demonstram que a Fosfoetanolamina sintética em células tumorais tem se mostrado de alta eficácia, mesmo em baixas concentrações, sem alterar a viabilidade de células não cancerosas.

Entretanto, apesar de tratar-se de uma pesquisa de mais de vinte anos realizada em uma universidade internacionalmente renomada e coordenada pelo cientista Chierice, os pesquisadores da Fosfoetanolamina sintética relatam dificuldades no prosseguimento da pesquisa em sua fase clínica. Várias tentativas, infelizmente infrutíferas, foram feitas junto à ANVISA e aos hospitais da rede pública para que se iniciassem os estudos clínicos necessários ao registro da substância. Em razão disso, o tratamento com a Fosfoetanolamina só vem sendo obtido através de ação judicial, já tendo sido emitidas mais de 800 (oitocentas) liminares condenando o Estado ao seu fornecimento.

⁶⁰ FERNANDES, Caio Guimarães. **Fosfoetanolamina Sintética - A chance de cura do câncer negada pelo Estado.** Disponível em: <<http://caiogf.jusbrasil.com.br/noticias/234312566/fosfoetanolamina-sintetica-a-chance-de-cura-do-cancer-negada-pelo-estado>>. Acesso em: 12.jan.2016.

⁶¹ Considerado um dos cem pesquisadores mais importantes do século pela Revista Superinteressante.

É bem verdade que, consoante visto no item anterior, os critérios do STF para o fornecimento de medicamentos pelo Estado estabelecem como requisito que o medicamento esteja registrado pela ANVISA, no entanto, tal exigência não é motivada pela pura e simples obrigatoriedade de obediência aos procedimentos burocráticos de registro, mas, sim, pela busca de se garantir a eficácia do medicamento e a segurança de seu uso pelos pacientes.

Assim sendo, não há motivo para que a substância em tela não possa ser judicialmente fornecida pelo Estado. Mesmo que não seja provida administrativamente, por ainda não fazer parte das políticas do SUS, o tratamento de neoplasias com Fosfoetanolamina sintética deve ser concedido a quem dele, comprovada e fundamentadamente, necessitar, uma vez que os estudos já publicados demonstram que a substância sintética reproduz substância que o próprio organismo humano produz e secreta, sendo a sua reposição, através de tratamento, apontada como um reforço proporcionado ao organismo para que este possa combater a enfermidade, de forma suplementar, havendo segurança em tal proceder.

Desse modo, tendo sido comprovadas a segurança e a eficácia do medicamento através dos estudos realizados pela Universidade de São Paulo, não se reputa razoável negar-se o acesso à substância com base apenas na falta de registro pela ANVISA. Até porque essa ausência de registro, em se tratando de uma droga que vem sendo há muito estudada e com largos efeitos positivos no tratamento contra o câncer, pode estar sendo motivada por interesses outros, especialmente financeiros.

A complexidade do processo e o monopólio de certos estudos pela indústria farmacêutica podem (embora não devam) representar obstáculos para a legalização de uma substância promissora para a terapêutica do câncer, de custo irrisório [o custo é de R\$ 0,10 (dez centavos) por cápsula]. Estamos falando, ainda que de forma incipiente, de uma possível cura do câncer⁶², porém, uma substância de valor tão pequeno, obviamente, não desperta o interesse da indústria farmacêutica.

Acreditamos, todavia, que o interesse financeiro da indústria farmacêutica (ou mesmo a burocracia envolvida no processo de registro de uma substância pelo órgão regulador) não deve, jamais, se sobrepor a descobertas científicas como esta, impedindo o avanço da ciência.

⁶² Resultados de cura apresentados em camundongos.

Mais que isso, ao empatar o tratamento contra neoplasia maligna de pacientes que, muitas vezes, não possuem mais nenhuma outra possibilidade de terapêutica possível e eficaz, está-se negando a esses seres humanos o acesso à única alternativa na busca pela manutenção de seu bem mais precioso: a VIDA.

CONCLUSÃO

A saúde é bem jurídico constitucionalmente tutelado, incumbindo ao poder público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico hospitalar, e aqui se inclua a terapêutica medicamentosa, sem a qual a assistência médico hospitalar não faria o menor sentido. Assim sendo, a não observância, por parte dos entes federativos, do dever de efetivação desse direito implica em descumprimento de preceito constitucional.⁶³

A precedência, no caso concreto, do princípio da universalidade do acesso à saúde sobre o princípio da reserva do possível, bem como a superioridade dos direitos à vida e à saúde em relação ao interesse financeiro do Estado, explanadas decorrer do trabalho, fundamentam a possibilidade de atendimento à saúde através de medicamentos não previstos no RENAME.

Além disso, buscou-se demonstrar que, ao contrário do que dizem alguns, não é judicialização a responsável pelo alegado desfalque nos recursos destinados às políticas públicas de saúde. Antes, é o subfinanciamento da saúde o (principal) responsável pelo crescimento do fenômeno da judicialização. Assim sendo, proibir que o paciente se socorra da via judicial para obter seu tratamento não representará solução para a insuficiência de recursos, uma vez que o real problema consiste no subfinanciamento de que o SUS sempre padeceu, desde a sua criação, na Constituição Federal de 1988.

Diante do aumento do número das demandas de saúde, notadamente as que dizem respeito ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, levadas ao Judiciário, o Supremo Tribunal, em 2009, realizou audiência pública com vistas a ouvir diversos setores da sociedade a fim de colher informações que pudessem embasar o estabelecimento de critérios à justiciabilidade da saúde. Em virtude da importância de tal evento e dos parâmetros definidos, detemo-nos na apresentação e na análise destes, buscando, ao fim, pugnar pela sua flexibilização caso a caso, ilustrada pelo caso da Fosfoetanolamina.

⁶³Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. SILVA, Leny Pereira da. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 21.nov.2015.

Acreditamos, portanto, que, na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos, como subjetivo é o direito à saúde, são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis do Poder Público (ou do particular, se for o caso), por via das ações contempladas no ordenamento jurídico.

Em consequência, o Poder Judiciário passa a ter papel ativo e decisivo na concretização do que preceitua a Constituição, sendo a previsão de um direito em nossa Carta Maior critério formal para que se estabeleça a sua exigibilidade. Assim sendo, o direito à saúde, de forma integral (e aí se inclua a terapêutica medicamentosa adequada, sem a qual não há falar em atendimento integral à saúde), positivado como está na CRFB/88, é plenamente exigível, seja pelas vias administrativas, seja pelas vias judiciais, sendo observado, entretanto, o limite da razoabilidade, uma vez que não se reputa razoável a possibilidade de exigir do Estado a prestação de toda e qualquer prestação de saúde, sem que antes se comprove a sua eficácia. Do mesmo jeito que não é razoável impedir-se o acesso a determinado tratamento em razão apenas de este não ter passado por todas as etapas burocráticas anteriores ao seu registro.

Ao desenvolver o presente trabalho, foi inevitável lembrar o brilhante filme “Clube de Compras Dallas”⁶⁴, cujo enredo conta a história de Ron Woodroof, eletricista diagnosticado com AIDS em 1985, época mais obscura da doença, quando o uso do AZT (primeiro antirretroviral desenvolvido) para o tratamento dos doentes de AIDS ainda não havia sido aprovado pela Food and Drug Administration – FDA estadunidense, o que, a nosso ver, não tinha razão de ser, uma vez que, se os doentes não tinham outra alternativa possível de tratamento, por que negar-lhes o acesso ao único medicamento que podia dar-lhes esperança de sobrevivência?

Pois bem, no enredo do filme, os médicos deram a Ron Woodroof⁶⁵ apenas 30 dias de vida, ele, entretanto, se recusou a aceitar o prognóstico e, diante da impossibilidade de acesso ao AZT (que, à época, tinha uso permitido apenas anticâncer, mesmo tendo já demonstrado efeito antirretroviral) ou de qualquer outro fármaco capaz de tratar a AIDS, passou a contrabandear medicamentos experimentais, primeiramente para si e, posteriormente, para outros pacientes que estivessem dispostos a pagar por eles, fundando o “Clube de Compras Dallas”.

⁶⁴ Drama de 2013 dirigido por Jean-Marc Vallée e escrito por Craig Borten e Melisa Wallack.

⁶⁵ Interpretado por Matthew McConaughey.

Rayon⁶⁶, travesti também infectado pelo vírus e “sócio” e “lado humano” de Ron no clube de compras, vem a óbito, mas Ron, que, em virtude dos tratamentos realizados por conta própria, ainda sobreviveu 07 anos após o diagnóstico, continuou em sua luta para que aos acometidos pela AIDS fosse permitido fazer uso de medicamentos ainda não aprovados pelo FDA, e, assim, lhes fosse dado o direito de ter esperança, ainda que mínima.

⁶⁶ Interpretado por Jared Leto.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2014.

BARIONE, Samantha Ferreira; GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 08/12/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado - Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 31, n. 66, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/3464/La%20Inalienabilidad%20de%20los%20Derechos%20Humanos.%20An%C3%A1lisis%20Sistem%C3%A1tico%20sobre%20el%20conocido%20caso%20del%20lanzamiento%20de%20enanos.pdf?sequence=1#page=89>>. Acesso em: 08.12.2015.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. In: SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433>. Acesso em: 25.11.2015.

BORGES, Dandy Jesus. **Responsabilidade constitucional solidária e divisão administrativa de competências dos entes federados no âmbito da saúde pública**. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/224/responsabilidade-constitucional-solidaria-e-divisao-administrativa-de-competencias-dos-entes-federados-no-ambito-da-saude-publica>>. Acesso em: 28/12/2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica (PUC), São Paulo. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 01.12.2015.

FERNANDES, Caio Guimarães. **Fosfoetanolamina Sintética - A chance de cura do câncer negada pelo Estado**. Disponível em: <<http://caiojf.jusbrasil.com.br/noticias/234312566/fosfoetanolamina-sintetica-a-chance-de-cura-do-cancer-negada-pelo-estado>>. Acesso em: 12.01.2016.

FINANCIAMENTO da Saúde – À espera de resgate. *Em discussão!*-Revista de audiências públicas do Senado Federal, Brasília, ano 5, nº 19, fev. 2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201401%20-%20fevereiro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_fevereiro_2014_internet.pdf>. Acesso em: 04.01.2016.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti;; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 21.12.2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Os Custos dos Direitos, Parte I.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein-demonstram-custo-financeiro-direitos#_ftn3>. Acesso em: 21.12.2015.

GÓIS, Vander Lima Silva de. **Desafios na efetivação do direito à saúde fundado no paradigma da Dignidade Humana.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Desafios.pdf>>. Acesso em: 25/11/2015.

GOULART, Flávio A de Andrade (Org.). **Os médicos e a Saúde no Brasil.** Editoração Eletrônica: CMJ Online, 1998. Disponível para download em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/medicos_saude_brasil/cap5.htm>. Acesso em: 29.12.2015.

HOLMES, Stephen; e SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos – por que a liberdade depende dos impostos.** In: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Os Custos dos Direitos, Parte I.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein-demonstram-custo-financeiro-direitos#_ftn3>. Acesso em: 21.12.2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** In: BARIONE, Samantha Ferreira; GANDINI, João Agnaldo Donizeti;; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 21.12.2015.

NUNES, Dymaima Kyzy. **As gerações de direitos humanos e o estado democrático de direito.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897>. Acesso em 25/11/2015.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. In: FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica (PUC), São Paulo. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 01.12.2015.

OLIVEIRA JÚNIOR, Mozart de. **O Financiamento do Sistema Único de Saúde no Brasil**. In: GOULART, Flávio A de Andrade (Org.). **Os médicos e a Saúde no Brasil**. Edição Eletrônica: CMJ Online, 1998. Disponível para download em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/medicos_saude_brasil/cap5.htm>. Acesso em: 29.12.2015.

PACHECO, Eliana Descovi. **Direitos fundamentais e o constitucionalismo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4207>. Acesso em 23.11.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Élica Graziane. **Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto#_ftn3>. Acesso em: 06.01.2016.

SEM novas fontes de financiamento, SUS perderá R\$ 2 bilhões em 2016. *Brasil de Fato*, São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <<http://www.brasilefato.com.br/node/32957>>. Acesso em: 06.01.2016.

SILVA, Liliane Coelho da. **Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21850/reserva-do-possivel-orcamento-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 12.12.2015.

SILVA, Regina Célia dos Santos. **Medicamentos excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil**. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://arca.iciet.fiocruz.br/bitstream/iciet/5127/2/192.pdf>>. Acesso em: 07.12.2015.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Segunda dimensão dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433>. Acesso em 23.11.2015.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. [Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP]: 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 21.11.2015.