
DIREITO AO TRATAMENTO DE SAÚDE COM MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*THE RIGHT TO RECEIVE A MEDICAL TREATMENT NOT PROVIDED BY
SUS: AN ANALYSIS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF
THE POSSIBLE RESERVE AND OF THE DEMOCRATIC LAW STATE*

Carlos Marden Cabral Coutinho

*Procurador Federal. Especialista em Processo Civil e Mestre em Ordem Jurídica
Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutorando em Direito
Processual na PUC Minas. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em Direito
do Centro de Ensino da Área Jurídica Federal – CEAJUFE.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Análise de caso: liminar determinando a concessão de medicamento não constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS; 2 Configuração constitucional do Direito Fundamental à Saúde; 3 Obstáculos fáticos à efetividade do Direito à Saúde; 4 Elementos de uma Hermenêutica social concretizadora.; 5 Conclusão: Condições para fornecimento de medicamento não incluso na lista do Sus; Referências

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a pertinência das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento não constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS. Para tanto, partir-se-á de um caso concreto, no qual o Poder Judiciário de Minas Gerais determinou o fornecimento de medicamento para o tratamento de câncer, como alternativa àquele recomendado e disponibilizado pelo Ministério da Saúde. Partindo de tal caso, será feita uma análise da configuração constitucional do direito à saúde, levando-se em conta o princípio da reserva do possível, tanto em sua perspectiva negativa quanto positiva. Em seguida, será apresentada a idéia de núcleo essencial dos direitos fundamentais, como âmbito inevitável de proteção, na medida em que reflexo da dignidade da pessoa humana. Por fim, far-se-á uma análise crítica das decisões judiciais de fornecimento de medicamento não constantes da lista do Sistema Único de Saúde – SUS, com o intuito de traçar os limites dentro dos quais a sua prolação é juridicamente adequada à Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Fornecimento de Medicamento. Estado Democrático de Direito. Princípio da Reserva do Possível. Dignidade da Pessoa Humana. Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relevance of judicial decisions that determine the supply of medicine that's not listed in the Unified Health System as know as SUS. To do so, will be analyzed a case in which the Judiciary of Minas Gerais determined the supply of medicine for the treatment of cancer, and recommended as an alternative to that provided by the Ministry of Health on this case will be made a configuration analysis of the constitutional right to health, taking into account the principle of reserve of possible in both its negative and positive perspective. Then you will see the idea of ??the essential core of fundamental rights, as inevitable under protection, in that reflection of human dignity. Finally, we will gone made a critical analysis of judicial decisions for the supply of medicine is not listed in the Unified Health System, in order to draw the limits within which its delivery is legally adequate to the Federal Constitution.

KEYWORDS: Supply Of Medication. Democratic Law State. Principle Of The Possible Reserve. Human Dignity. Essencial Core Of Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A segunda metade do século XX foi marcada pela ascensão e amadurecimento do neoconstitucionalismo, com o surgimento da idéia de Estado Democrático de Direito, no qual a força normativa da Constituição Federal passava a ser entendida juntamente com o papel central que os direitos fundamentais devem ter no ordenamento jurídico.¹ Tal modelo de Estado passa pela releitura da idéia de democracia à luz de Jürgen Habermas e também pela superação dos modelos anteriores de Estado, o que significa que não se deve mais dar precedência ao modelo liberal nem ao social, sendo necessária a harmonização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões².

Apesar dessa proposta de respeito homogêneo a todos os direitos fundamentais independentemente de sua dimensão, a experiência tem demonstrado que existe uma dificuldade bem maior de conquistar a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Tal desafio já ficara patente no começo do século XX (quando México e Alemanha, apesar de referências para o Estado Social, não tiveram êxito na implementação de suas constituições), deixando claro que os direitos fundamentais de segunda dimensão não seriam efetivados pela mera explicitação em diplomas normativos, fossem eles legais ou mesmo constitucionais.

Quase um século depois do surgimento da Constituição Mexicana (1917), ainda é possível perceber como os direitos fundamentais sociais apresentam um déficit de efetividade quando comparados com os seus correspondentes de outras dimensões (como os direitos civis ou políticos), o que tem levado a um constante questionamento sobre a eficiência do Estado em cumprir o mandamento constitucional. Tal é a insatisfação, que muitas vezes ela se reflete em ações judiciais e, por via de conseqüência, em decisões através das quais o Poder Judiciário determina que o Poder Executivo efetive algum direito social.

Um dos direitos fundamentais sociais que mais tem despertado ações judiciais é o referente ao direito à saúde, cuja importância se faz

1 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

2 No presente trabalho se faz a opção por usar o termo “dimensão” e não “geração” para se referir a cada grupo de direitos sociais. Tal opção se deve ao fato de que a expressão mais consagrada pode levar a uma confusão consistente em se pensar que os direitos de geração mais recente superam os direitos das gerações anteriores, como foi pensado, por exemplo, nos estados comunistas, cuja prevalência dos direitos sociais implicava restrição das liberdades civis e políticas. O termo dimensão, entretanto, parece mais preciso, na medida em que cada novo grupo de direitos fundamentais que surge acaba por redimensionar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um ponto de convergência no qual se impõe a convivência harmônica de todos os direitos fundamentais, num entendimento compatível como Estado Democrático de Direito.

evidente, na medida em que muitas vezes envolve a própria sobrevivência do interessado. Dentre as várias perspectivas que pode assumir este direito fundamental, uma das mais discutidas é aquela referente à possibilidade de compelir o Estado a custear algum tratamento de saúde. Tal possibilidade tem sido objeto de muitas decisões judiciais, cujo objetivo é determinar que algum dos entes federados forneça algum medicamento e/ou tratamento não constante da programação normal do Sistema Único de Saúde – SUS.

No presente trabalho se faz um questionamento quanto à pertinência de tais decisões, com o intuito de investigar até que ponto a Constituição Federal garante a concretização dos direitos fundamentais sociais, cujas dificuldades de efetivação são conhecidas de longa data. Para tal investigação, tomar-se-á como exemplo um caso concreto no qual foi determinado o fornecimento de um medicamento não constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS. Por este motivo, será inicialmente explicado o contexto da ação judicial, com a finalidade analisar a pertinência da determinação da efetivação de tal aspecto do direito fundamental em questão.

Para tanto, será inicialmente apresentado o perfil constitucional do direito fundamental à saúde, analisando qual a configuração dada pela Constituição Federal. A partir de tal definição, serão expostos os principais obstáculos para a efetivação de tal direito, como a limitação financeira e orçamentária, a impossibilidade fática de efetivação plena de um direito social qualquer e, naturalmente, a inevitável comparação que se faz entre a qualidade de vida daqueles que têm condições financeiras de se valer de serviços privados e daqueles que, estando privados de capacidade econômica, precisam se conformar com o direito social disponibilizado pelo Poder Público.

Uma vez apresentadas tais dificuldades de concretização, serão apresentadas algumas propostas interpretativas, com o intuito de estabelecer parâmetros para uma hermenêutica adequada aos direitos fundamentais sociais. Tais reflexões envolvem não apenas uma releitura do princípio da reserva do possível (pela sua perspectiva positiva), mas também a compreensão do conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais (enquanto correspondentes da dignidade da pessoa humana) e a fundamentação da idéia da proibição de retrocesso social (como decorrente das próprias dificuldades de implementação dos direitos fundamentais sociais).

Por fim, procurar-se-á concluir que as decisões judiciais que determinam fornecimento de medicamento e/ou tratamento não constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS não são inconstitucionais, mas

devem ser proferidas dentro de parâmetros bem estabelecidos, fundados numa hermenêutica constitucional que se coloque como concretizadora dos direitos fundamentais sociais, sem olvidar as dificuldades inerentes à sua efetivação.

1 ANÁLISE DE CASO: LIMINAR DETERMINANDO A CONCESSÃO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE DA LISTA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

O caso concreto que será tomado como análise é referente a um portador de câncer cerebral cujo tratamento da doença se deu prioritariamente junto à iniciativa privada, vez que era integrante do plano de saúde UNIMED³. Através de tal plano de saúde, o indivíduo chegou inclusive a se internar no Hospital Biocor para fazer uma cirurgia de extração do tumor, sendo que tal tratamento não foi suficiente para propiciar a cura da doença. Sendo assim, para continuidade de seu tratamento, seu médico particular lhe indicou o uso do medicamento Sunitinibe (Sutent) 50 mg.

Diante da nova orientação médica, o paciente se dirigiu a um dos hospitais integrantes no Sistema Único de Saúde – SUS, no qual foi informado que o referido medicamento não estava disponível para fornecimento, vez que, para o tratamento de câncer, o medicamento constante da lista do Sistema Único de Saúde – SUS é o Interferon Alfa. Uma vez apresentada tal justificativa, o paciente procurou se informar quanto custava o Sunitinibe (Sutent) 50 mg no mercado, tendo constatado que o preço girava em torno dos R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais).

Vendo-se incapacitado de suportar o elevado custo do tratamento recomendado pelo seu médico, o interessado procurou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que propôs uma ação civil pública na comarca de Ouro Branco. Em tal processo, a magistrada acolheu os argumentos da inicial, entendeu que o doente fazia jus a um tratamento alternativo àquele disponibilizado no Sistema Único de Saúde – SUS e deferiu liminar, na qual determinava que o Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais fornecesse o medicamento em questão no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de uma multa diária de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para o caso de descumprimento da decisão.

Sem prejuízo das várias preliminares que se apresentam (ilegitimidade ativa, ilegitimidade passiva e incompetência da Justiça Estadual), a este trabalho interesse a questão de mérito, ou seja, interessa saber se é pertinente uma decisão judicial que determina o fornecimento

3 Ação Civil Pública nº 4326-15.2010.4.01.3800 da comarca de Ouro Branco em Minas Gerais.

de um medicamento e/ou tratamento de custo elevado, ainda que exista outro (de eficácia comprovada) disponível no Sistema Único de Saúde – SUS. Interessa saber, portanto, se o direito fundamental à saúde (de inegável base constitucional) é amplo o suficiente para garantir que o interessado exija judicialmente o melhor tratamento disponível.

Neste ponto, cumpre destacar que decisão judicial do caso concreto aqui exposto põe em discussão não apenas a obrigação do Poder Público de fornecer um medicamento e/ou tratamento que não esteja constando de sua lista oficial, mas também levanta a discussão quanto à própria essência do direito fundamental à saúde, notadamente quando se trata de um tratamento referente a uma doença que pode comprometer a própria sobrevivência do interessado. Para que se possa analisar devidamente a questão, entretanto, indispensável que se faça uma exposição prévia apresentando a configuração constitucional de tal direito fundamental.

2 CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Apesar de fazer referência geral aos direitos fundamentais sociais em seu artigo 6º, a Constituição Federal dedica os artigos 196 a 200 para disciplinar especificamente o direito à saúde. Já no primeiro destes dispositivos específicos, a Carta Política indica as linhas gerais da concepção do referido direito, ao dizer que

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.

Segundo o referido artigo, portanto, a garantia do direito à saúde se dá através de políticas que tenham por objetivo reduzir o risco de doenças (e outros agravos), sendo que deve ser assegurado o acesso universal e igualitário aos serviços e às ações destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde. Sendo assim, a primeira constatação é a de que a Constituição Federal não estabelece exatamente os limites nos quais o Poder Público está obrigado a garantir o direito à saúde, limitando-se a fixar uma exaltação para que haja promoção, proteção e recuperação da saúde, com prioridade para as medidas preventivas, nos termos do artigo 198, II.

Ademais, também consta expressamente da Constituição Federal a determinação de que o Estado é obrigado a organizar um

sistema único, descentralizado e com foco no atendimento integral. Como é de conhecimento notório, tal obrigação está devidamente cumprida, com a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS, que integra os órgãos públicos de saúde de todas as esferas federativas, além de algumas entidades da iniciativa privada. Interessante notar que, em seu artigo 200, a Carta Magna estabelece uma série de competências para tal sistema, sem que em nenhum dos incisos faça qualquer referência às atividades tipicamente voltadas para a saúde dos cidadãos em geral.

Ainda no que tange ao direito fundamental à saúde, é de se destacar o fato de que, em seu artigo 199, a Constituição Federal é absolutamente clara ao afirmar que “*a assistência à saúde é livre à iniciativa privada*”. Tal autorização é complementada pela afirmação de que tal atividade terá natureza necessariamente complementar e que deverá ser desempenhada preferencialmente por entidades sem fins lucrativos. Diante de tais disposições, então, é possível afirmar que a própria configuração constitucional do direito à saúde admite a hipótese insuficiência do Sistema Único de Saúde – SUS, prevendo que este será complementado pela atividade da iniciativa privada.

Da análise dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, portanto, impõe-se a conclusão de o direito fundamental à saúde tem uma configuração constitucional bastante resumida, de maneira que poucas obrigações podem efetivamente ser extraídas do texto constitucional, sendo elas:

- a) a organização de um sistema único de saúde;
- b) o caráter universal e igualitário de tal sistema;
- c) a existência de políticas públicas voltadas para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;
- d) a atribuição de prioridade às medidas de caráter preventivo; e
- e) a permissão para que a iniciativa privada atue de maneira complementar.

Ora, não é preciso uma maior investigação para saber que esta disciplina está absolutamente aquém da necessidade dos cidadãos, que cotidianamente convivem com os mais variados tipos de ameaça à sua saúde. A simples observação do dispositivo constitucional levaria à

conclusão que a obrigação do Poder Público se dá por cumprida a partir do momento em que este organiza o Sistema Único de Saúde – SUS, dando alguma atenção às medidas preventivas, deixando os cidadãos carentes em situação de miséria, enquanto permite que os mais abastados satisfaçam as suas necessidades através do recurso à iniciativa privada.

Na verdade, descrita desta maneira, a configuração constitucional se apresenta como bastante semelhante à visão que boa parte dos brasileiros tem do funcionamento da saúde pública, como sendo uma espécie de paliativo para aqueles que não podem arcar com os elevados custos da saúde privada. Tal interpretação, entretanto, não se coaduna com a visão contemporânea do Estado Democrático de Direito, como sendo aquele no qual os direitos fundamentais devem ser colocados em primeiro lugar. A questão, portanto, não é saber por que a configuração constitucional se parece tanto com a realidade constatada, mas sim entender porque o Poder Público não consegue fornecer um serviço que seja sensivelmente superior ao mínimo delineado.

Mais do que isto, é fundamental estabelecer até que ponto o cidadão tem direito a exigir a proteção e efetivação de seu direito fundamental à saúde em um nível que seja superior àquele mínimo constitucionalmente previsto. Trata-se, portanto, de estabelecer a base de uma hermenêutica que seja não apenas literal, mas também concretizadora e afinada com o neoconstitucionalismo. Somente após a investigação de cada um destes pontos é que se fará possível uma avaliação crítica das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento diverso daquele constante da lista do Sistema Único de Saúde- SUS.

3 OBSTÁCULOS FÁTICOS À EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Uma vez apresentada a configuração constitucional do direito fundamental à saúde, é possível se perceber o óbvio: não se trata de um direito absoluto, devendo ser exercido dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal. Mesmo esta visão menos utópica, entretanto, ainda é incompatível com a realidade que pode ser vista em nosso cotidiano, no qual a deficiência do Sistema Único de Saúde – SUS ainda é manchete freqüente nos jornais, com notícias que vão desde a deficiência estrutural até a falta de leitos e médicos. Cabe, portanto, investigar os motivos que dificultam a efetivação dos direitos fundamentais sociais, com foco específico no direito à saúde.

Em primeiro lugar, deve ser apontado o obstáculo do custo dos direitos fundamentais sociais. De fato, aqui existe uma especificidade. Quando a Constituição Federal estabelece direitos civis e políticos (como

o direito de ir e vir ou o do voto universal), o que está se criando são obrigações negativas para o Estado, no sentido de que a efetivação de tais direitos fundamentais (chamados de primeira dimensão) se cumprem na medida em que o Poder Público se abstenha de adotar certas condutas (como estabelecer barreiras territoriais ou restrições ao cadastro dos eleitores). No que diz respeito aos direitos fundamentais sociais (de segunda dimensão), entretanto, a situação é bem diversa.⁴

De fato, ao contrário do que acontece com os direitos civis e políticos, os direitos de segunda dimensão têm um custo intrínseco à sua efetivação⁵. Não há como se imaginar que o Estado possa garantir direitos tais como moradia, saúde, educação, segurança etc., salvo se o fizer através de um significativo investimento financeiro. Ora, o orçamento do Poder Público como um todo (em todas as suas esferas federativas) certamente é significativo, mas, ainda assim, limitado. É preciso perceber, portanto, que a implementação dos direitos fundamentais sociais está vinculada à capacidade financeira do Estado e é desta constatação que surge o chamado princípio da reserva do possível.

Em seu enunciado clássico, tal princípio significa que, apesar de a Constituição enunciar a existência de direitos sociais, eles são promessas que somente se fazem exigíveis na medida em que o Estado tenha condições financeiras de concretizá-los. Em outras palavras, os direitos fundamentais de segunda dimensão têm a sua efetividade reservada àquilo que é possível. Neste sentido, a lição de George Marmelstein ao explicar que:

O ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos da Constituição. Mas não há. É aí que entra a cláusula da reserva do possível [...]. Os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível.⁶

4 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

5 Neste sentido a posição de Jayme Benvenuto Lima Jr. ao dizer que: "Embora os únicos de que dependem a realização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, os recursos financeiros são efetivamente os mais importantes, assim como os mais escassos. Apesar de que não se possa dizer que os direitos humanos civis e políticos independam da existência de recursos financeiros, é inegável que os direitos humanos econômicos, sociais e culturais não são realizáveis sem a existência deste tipo de recurso" (Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, p. 107).

6 MARMESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 318-319.

A primeira constatação que se faz, portanto, é a de que os direitos sociais têm a sua efetividade diretamente vinculada à existência (e disponibilidade) de recursos financeiros suficientes para a sua implantação, como fica bastante claro no caso concreto que foi tomado por modelo. Tal constatação, entretanto, deixa no ar uma dúvida: será que o Estado não tem os recursos financeiros para suprir as necessidades dos cidadãos? Não seria o princípio da reserva do possível uma mera desculpa para que as verbas existentes fossem investidas em outras áreas que os governantes consideram prioritárias? Para ambas as perguntas, a resposta negativa se impõe.

Na verdade, o princípio da reserva do possível é uma realidade incontornável, na medida em que os direitos sociais nunca podem ser efetivados em sua plenitude⁷. De fato, os direitos fundamentais de segunda dimensão nunca podem ser plenamente atendidos, pelo simples fato de que não existe um grau máximo de efetividade. O direito à educação, *verbi gratia*, pode significar direito à alfabetização; à educação básica; à conclusão do ensino médio; ao acesso ao ensino universitário e assim por diante, sem que seja possível imaginar um limite máximo. O mesmo raciocínio pode ser utilizado para o direito ao lazer, à segurança, à moradia e, naturalmente, para o direito à saúde.

Sendo assim, qualquer discurso que se comprometa com o pleno atendimento dos direitos sociais não passa de demagogia, na medida em que tal possibilidade não é compatível com a própria natureza de tais direitos. Efetivamente, se os direitos fundamentais de segunda dimensão sempre podem ter um grau maior de cumprimento, então, como será exposto no próximo tópico, a questão na verdade gira em torno de saber até que ponto de implementação é possível chegar no caso concreto e, eventualmente, como exigir isto judicialmente do Poder Público.

Quanto à questão específica que diz respeito ao grau de exigibilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, é importante destacar que a referência não pode ser o grau de seus congêneres proporcionados, a título oneroso, pela iniciativa privada. Na medida em que a Constituição Federal, em seu artigo 170, faz uma opção expressa pelo sistema capitalista, está implícito o reconhecimento de que as diferentes situações econômicas virão a proporcionar diferentes níveis de igualdade para os cidadãos. Em outras palavras, não importa qual seja o grau de efetividade de um determinado direito social, tendo em vista que a sua efetivação nunca será máxima, sempre será possível conseguir algo a mais junto à iniciativa privada.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 205.

Como já exposto, a lógica da interpretação dos direitos sociais, portanto, deve ser a de investigar qual grau de exigibilidade pode ser imposto ao Poder Público. Olvidar questões como o princípio da reserva do possível, a impossibilidade fática de implementação plena dos direitos sociais e as circunstâncias específicas de um sistema capitalista, pode ser material para um discurso elegante, mas não ajuda na busca de soluções práticas. Qualquer teoria que se oponha a ausência de limite à exigibilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão abre espaço para a formalização de pedidos absurdos, como os de passar férias no exterior (direito ao lazer), ter uma casa com piscina (direito à moradia) ou se fazer acompanhar de uma escolta pessoal (direito à segurança).

Ora, embora efetivamente um seletivo grupo de brasileiros realmente tenha à sua disposição todos estes benefícios, o seu custo é excessivamente elevado para que o Estado possa proporcionar algo semelhante a todos os brasileiros. Mesmo em abstrato, é ofensivo ao bom senso imaginar que alguém possa conseguir judicialmente tal grau de efetivação de um direito social à custa do Erário. A questão, então, não é apenas de repudiar a ineficiência e a insuficiência da fruição dos direitos fundamentais de segunda dimensão proporcionados pelo Poder Público, mas também de traçar limites teóricos que não comportem exigências absurdas.

Neste sentido é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que se refere à Corte Constitucional Federal da Alemanha, para dizer que tal instituição:

Firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁸

Cabe, portanto, uma reflexão com o intuito de saber o que pode razoavelmente ser exigido judicialmente do Estado. A questão passa em primeiro lugar por uma releitura do princípio da reserva do possível, de maneira a permitir a compreensão de outros dois princípios essenciais à discussão, quais sejam, o princípio do núcleo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da proibição de retrocesso. A seguir, cada um destes pontos será enfrentado, de maneira a possibilitar a construção de um paradigma interpretativo não apenas concretista, mas também adequado à realidade fática e jurídica pátria.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 289.

4 ELEMENTOS DE UMA HERMENÊUTICA SOCIAL CONCRETIZADORA

No tópico anterior, apontou-se uma série de circunstâncias que se apresentam como obstáculos à efetivação ideal dos direitos fundamentais de segunda dimensão, bem como os perigos de se adotar uma visão oposta extrema, que sustenta a inexistência de limites para a sua exigibilidade. É o momento, portanto, de fazer algumas ponderações que tornem possível uma análise mais equilibrada da disciplina dos direitos sociais, a começar por uma indispensável releitura do princípio da reserva do possível.

Como visto no tópico anterior, o princípio da reserva do possível possibilita que determinado grau de efetivação de um direito social seja considerado inexigível, na medida em que o Estado não tenha recursos para garantir a sua concretização. Esta perspectiva corresponde ao que vamos chamar de viés negativo do princípio da reserva do possível, na medida em que permite que o Poder Público se furte do cumprimento de determinado dispositivo constitucional alegando a insuficiência de recursos financeiros. Este viés negativo tem tido destaque quase exclusivo na doutrina nacional, o que se deve a uma falha na compreensão de sua origem e de seu significado.

De fato, conforme explica Andreas J. Krell⁹, o referido princípio tem origem na Alemanha da metade do século XX, na qual se vivia uma situação completamente diferente da brasileira. Destaca, então, que é um erro de direito comparado importar institutos e conceitos de outros ordenamentos, ignorando as peculiaridades fáticas que levaram ao seu surgimento e amadurecimento. Segundo referido autor, em um país periférico como o Brasil, o princípio da reserva do possível não pode ser aplicado sem maiores considerações, sob pena de abandonar-se o compromisso que o Estado deve ter com a satisfação das necessidades mais básicas dos indivíduos.

O entendimento disseminado na doutrina, então, é o de que o princípio da reserva do possível não deve ser tido como excessivamente amplo, no sentido de que não deve ser usado como desculpa sempre que o Poder Público pretender se escusar do cumprimento de alguma norma constitucional. A nosso ver, a questão pode ser resolvida com a percepção de que o referido princípio tem também um viés positivo, que decorre da própria natureza dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Como já exposto, é da própria natureza dos direitos sociais a impossibilidade de efetivá-los em grau máximo, da mesma forma que é uma realidade indiscutível a finitude dos recursos financeiros à

9 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, pp. 51-57.

disposição do Estado. Daí decorre o princípio da reserva do possível em seu viés negativo, reconhecendo que o Poder Público tem verbas limitadas e que, independentemente disto, está lidando com direitos condenados eternamente ao cumprimento parcial.

Acontece que das mesmas premissas decorre também o princípio da reserva do possível em um viés positivo, qual seja aquele segundo o qual o Estado está obrigado a efetivar os direitos fundamentais de segunda dimensão até o limite de suas possibilidades. A lógica é elementar: se os direitos sociais não possuem grau máximo de efetividade, então isto significa que o Estado nunca cumpre definitivamente a sua obrigação constitucional em relação a eles. Por outro lado, se os recursos do Estado são reconhecidamente limitados, isto significa que o investimento do Poder Público, embora limitado, deve ser constante e no grau máximo possível, de maneira a estar sempre proporcionando uma situação social melhor para cada um de seus cidadãos.

Uma vez incorporado o seu viés positivo, então, o princípio da reserva do possível deixa de ser um resquício teratológico de uma concepção puramente liberal e passa a ser visto como a forma ideal de reconhecer os limites à efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, sem que isso represente a sua condenação ao *status* de meras normas programáticas¹⁰. Diante desta nova e ampla perspectiva pode-se conceituar o princípio da reserva do possível como sendo aquele que estabelece que os direitos sociais são uma obrigação do Estado, de aplicabilidade imediata, podendo o cidadão exigir que as políticas públicas, dentro das condições financeiras do Poder Público, proporcionem um permanente incremento de sua efetividade, excluído desta qualquer grau de efetividade que extrapole o limite do razoável.

Tal releitura já representa um avanço em relação à visão clássica do princípio da reserva do possível, mas, para que possa ter uma aplicação prática mais funcional, ainda exige duas considerações. Em primeiro lugar, deve-se destacar que, a exemplo do que acontece com os demais direitos fundamentais, os direitos sociais também têm um núcleo essencial, que não pode ser violado, sob pena de descaracterizar-se o próprio direito. Em segundo lugar, deve ser apresentado o conceito de proibição de retrocesso das conquistas referentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Ambos os conceitos tornam possível estabelecer limites dentro dos quais a reserva do possível seja compatível com um Estado Democrático de Direito com foco na concretude dos direitos fundamentais.

10 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

A primeira ponderação a ser apresentada diz respeito à existência de um mínimo que não pode ser negado ao cidadão, seja qual for a condição financeira do Estado¹¹. Segundo o referido entendimento, todos os direitos fundamentais têm um núcleo essencial inviolável, que faz com que o próprio direito possa ser reconhecido como existente, de maneira que, sem a presença dessa efetivação mínima, é impossível dizer que está sendo assegurado o direito previsto constitucionalmente.¹² Assim, *verbi gratia*, é possível discutir a extensão da liberdade política e suas infinitas repercussões, mas não é possível dizer que tal direito esteja assegurado em um Estado onde não haja eleições periódicas ou em um no qual o direito de voto seja negado a uma significativa parcela da população.

Especificamente no que diz respeito aos direitos sociais, o seu núcleo essencial também tem sido chamado de mínimo social, para indicar que existe um grau mínimo de concretização que, em qualquer caso, pode ser exigido do Poder Público. Trata-se de reconhecer que, apesar do custo dos direitos sociais e das limitações financeiras do Estado, não é possível admitir que determinado direito fundamental de segunda dimensão seja simplesmente ignorado, não sendo concretizado em qualquer grau que seja. O raciocínio é, portanto, compatível com o viés positivo do princípio da reserva do possível, vez que, sendo reconhecida a obrigação do Estado de efetivar os direitos sociais até o limite factível, deve haver destinação dos recursos para atender as necessidades básicas dos cidadãos.

Neste sentido a lição de J. J. Gomes Canotilho, ao dizer que:

Um direito social sob “reserva de cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão, adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional dos direitos sociais. Assim, por exemplo, o “rendimento mínimo garantido” não será a concretização

11 Alguns autores usam a expressão “*mínimo existencial*” para se referir a um mínimo de concretude, que não pode ser negado, sob pena de comprometimento da sobrevivência do indivíduo. Tal nomenclatura, entretanto, tem uma utilização muito específica e de aplicação restrita aos casos em que existe risco de morte. No presente trabalho, fez-se a opção pela designação mais ampla “*núcleo essencial*”, para indicar que todos os direitos fundamentais (não apenas os sociais) têm um mínimo de concretude que deve ser preservado, sob pena de descaracterização do próprio direito, bem como comprometimento da dignidade do indivíduo.

12 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação), mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.¹³

O trecho acima transcrito não apenas explica a relação entre núcleo essencial e mínimo social, mas traz uma contribuição fundamental ao relacionar este núcleo essencial com a dignidade da pessoa humana. De fato, como já explicado antes, cada nova geração dos direitos fundamentais significa na verdade a valorização de uma nova dimensão da dignidade da pessoa humana, na medida em que a dignidade de cada pessoa deve ser medida exatamente pela realização de seus direitos fundamentais. Por tal motivo, é possível afirmar que cada um dos direitos previstos na Constituição representa uma perspectiva de realização da dignidade do cidadão.

Esta é a lição apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet, ao dizer que os direitos fundamentais são explicitações da dignidade da pessoa humana, de maneira que, em cada direito fundamental, se faz presente, ainda que em projeção, a dignidade da pessoa humana.¹⁴ Uma vez estabelecida esta relação, pode-se afirmar que o núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde àquilo em que eles apresentam coincidência com a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é a através do prisma da dignidade da pessoa humana que se faz possível reconhecer o núcleo essencial de um direito fundamental.

Assim, retornando ao já referido direito à moradia, pode haver margem de discussão no que tange à qual espécie de moradia deve ser assegurada pelo Poder Público ou mesmo se existe uma obrigação do Estado de fornecer a melhor condição possível, entretanto não parece ser razoável entender que o direito à moradia esteja efetivado em qualquer grau, caso se trate de um morador de rua. No exemplo extremo em tela, a efetivação do direito fundamental se encontra em tal grau relegada, que compromete a própria dignidade do indivíduo em questão. O mesmo raciocínio pode se aplicar ao direito à educação (em caso de analfabetismo) e mesmo do direito à saúde (em caso de ausência de atendimento básico no Sistema Único de Saúde – SUS).

A primeira consideração importante, portanto, é a de que, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a determinado direito fundamental, se o seu grau de concretização

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 86-101.

for tão insuficiente que seja possível configurar ofensa ao seu núcleo fundamental, ou seja, à perspectiva que a dignidade da pessoa humana projeta nele. Tal consideração, porém, ainda não é suficiente para permitir uma correta interpretação dos direitos sociais, cuja adequada hermenêutica fica condicionada à compreensão da idéia de proibição de retrocesso.

Na verdade, trata-se de uma questão bastante simples e decorrente de outras aqui já explicitadas: se os direitos fundamentais sociais não têm um grau máximo de efetividade e a sua concretização tem um custo significativo para o Estado, daí decorre que, na medida do possível, o Estado deve estar continuamente empenhado em promover a melhora das condições sociais proporcionadas à sociedade. Trata-se, então, de uma vinculação de melhora progressiva da oferta dos direitos sociais, o que significa que o Poder Público não pode retroceder nos avanços sociais já conquistados, uma vez de negar à população um direito social que comprovadamente era possível efetivar.

Neste sentido a lição de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, ao dizer que:

O princípio da proibição de retrocesso social proclama que uma vez conformado pelo legislador infraconstitucional o direito fundamental social, o que faz com que se integre por completo o seu conteúdo, incabível é a reversão desta medida, sem criação de outros expedientes compensatórios. Em outras palavras, cumprida a deliberação constitucional no sentido da concretização dos direitos fundamentais sociais, o legislador infraconstitucional torna-se vinculado, não lhe sendo lícito eliminar os direitos implementados, sem oferecer mecanismos de recomposição do respectivo direito social.¹⁵

Trata-se, portanto, de um princípio implícito ao próprio sistema dos direitos fundamentais sociais, no sentido de determinar que, uma vez concretizados em determinado grau, os direitos de segunda dimensão passam a fazer parte do patrimônio elementar da sociedade, não sendo admitido que o Poder Público deliberadamente elimine os avanços conquistados. Naturalmente, que não se trata de uma regra inflexível, na medida em que determinada conquista pode ser abolida ou mitigada, desde que devidamente compensada ou motivada por uma justificativa

15 MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (coordenador). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 401-402.

razoável.¹⁶ Nestes casos, entretanto, não se trata realmente de uma exceção ao princípio, pois, em termos gerais, não é possível dizer que houve efetivamente um retrocesso social.

Feitas estas considerações, fica claro que a interpretação dos direitos fundamentais sociais não pode ser realizada tendo por base apenas as dificuldades de sua concretização, como a dificuldade de estabelecer um grau adequado de efetivação ou mesmo o seu elevado custo. Uma compreensão técnica e constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito exige um esforço no sentido de repensar os conceitos envolvidos na questão, a começar por uma releitura do princípio da reserva do possível, que tenha por foco dar destaque ao seu viés positivo.

Ademais, imprescindível apontar que, independentemente das condições financeiras do Poder Público, não é possível admitir que os direitos sociais tenham um grau de concretização tão insignificante a ponto de serem descaracterizados, dando origem a situações que levem ao comprometimento da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, a necessidade de efetivação progressiva dos direitos sociais justifica a defesa de um princípio de proibição de retrocesso, que imponha ao Estado a contínua melhoria das condições sociais, protegendo a sociedade de medidas recessivas que não sejam devidamente justificadas e acompanhadas pelas respectivas medidas compensatórias.

5 CONCLUSÃO: CONDIÇÕES PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO INCLUSO NA LISTA DO SUS

Uma vez exposta a configuração constitucional do direito fundamental à saúde, elencados os principais obstáculos à sua efetivação e apresentados os elementos necessários de uma hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais, é possível estabelecer as linhas gerais que devem orientar a interpretação dos direitos sociais. Tal delineamento será a moldura dentro da qual se fará a análise de mérito do caso concreto, analisando a pertinência da decisão que reconheceu ao interessado o direito de receber tratamento com medicamento diferente daquele disponível no Sistema Único de Saúde – SUS.

A sistematização dos pontos apresentados, leva ao entendimento de que os direitos fundamentais de segunda dimensão têm efetividade imediata, não devendo ser entendidos como meras normas programáticas. No entanto, tendo em vista o seu custo e a impossibilidade fática de

16 QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra 2006, p. 115-118.

atingir um grau máximo de concretização, o interessado somente pode exigir do Estado aquilo que seja razoável e esteja dentro das condições financeiras do Poder Público. Uma vez que o direito seja possível de ser proporcionado a todos os interessados em situação semelhante, entretanto, o Estado tem a obrigação de efetivá-lo, tendo por base o viés positivo do princípio da reserva do possível. Ademais, a escassez de recursos não pode ser utilizada como escusa, caso o grau de concretização de um direito seja tão baixo que o indivíduo se veja reduzido a uma situação de indignidade. Por fim, uma vez concretizado determinado direito social, ele passa a ser parte do patrimônio jurídico dos cidadãos, não podendo ser deliberadamente abolido, sem as devidas justificativas e compensações.

No caso específico do direito à saúde, a aplicação de tal raciocínio leva à conclusão de que objetivamente, o que se pode exigir do Estado é a implementação de um Sistema Único de Saúde – SUS, bem como o compromisso de melhorar continuamente o serviço, dentro dos limites de sua condição financeira. Mais do que isso, o Sistema Único de Saúde – SUS deve ser objetivo de uma evolução progressiva e, em qualquer caso, ser capaz de oferecer soluções para os casos extremos, que possam comprometer a dignidade ou mesmo a própria sobrevivência dos indivíduos. É dentro deste contexto, por exemplo, que se pode afirmar que é possível uma decisão judicial determinando a abertura de novos leitos de tratamento intensivo neonatal, mas não seria pertinente uma que determinasse a ampliação da cobertura para incluir cirurgias plásticas meramente estéticas.

Voltando ao caso concreto em análise, o Estado, através do Sistema Único de Saúde – SUS deve ser responsável pelo fornecimento de medicamentos para os cidadãos, como forma de cumprir a determinação constitucional de prevenção e combate às doenças. Por outro lado, não deve ser compelido a fornecer um medicamento e/ou tratamento específico, salvo nos casos em que a dignidade ou a sobrevivência do interessado estejam em risco. Assim, é possível vislumbrar o acerto de uma decisão judicial que determine o fornecimento de um medicamento e/ou tratamento não oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, como acontecia há alguns anos em relação ao chamado coquetel anti-AIDS; vez que, neste caso, negar o fornecimento dos medicamentos equivalia a reduzir o interessado a uma condição indigna.

O mesmo raciocínio, entretanto, não pode ser estendido ao caso em análise, na medida em que o Sistema Único de Saúde – SUS fornece um medicamento adequado para tratar do câncer do paciente, qual seja o Interferol Alfa, de comprovada eficácia no tratamento da doença. Por tal

motivo, a situação existente não comprometia diretamente a sobrevivência do indivíduo (mais do que a própria doença em si) e muito menos a sua dignidade, na medida em que lhe era assegurado um tratamento adequado e eficaz. O seu pedido de ver fornecido o medicamento Sunitinibe (Sutent) 50 mg parece, neste contexto, ser exorbitante.

A título de conclusão, é possível afirmar que a decisão judicial foi impertinente, vez que interferiu indevidamente na discricionariedade administrativa de decidir qual o medicamento e/ou tratamento (dentre aqueles dignos e eficazes) iria ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS. A padronização de tratamento não apenas é razoável, mas tecnicamente positiva, na medida em que leva a uma maior eficiência e racionalidade do sistema. Não parece que o Poder Judiciário tenha competência de intervir em tal esfera de decisões, mas, principalmente, não parece que o cidadão tenha direito a exigir do Estado o fornecimento de um medicamento e/ou tratamento melhor ou mais específico, se aquele que é padrão supre devidamente as suas necessidades.

Não se discute aqui que o Poder Público tenha uma grande capacidade financeira. Tal volume de recursos, porém, apesar de significativo, é limitado. Qualquer proposta séria de concretização de direitos fundamentais de segunda dimensão tem que levar em conta a realidade fática, sob pena de nunca ser capaz de sair do mero campo das idéias. Decisões judiciais que proclamam o absolutismo dos direitos fundamentais são utópicas e só contribuem para dificultar a já complicada gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. É preciso uma análise séria e ponderada dos limites do direito fundamental à saúde, para que tenhamos decisões judiciais que efetivamente contribuam para a concretização dos direitos fundamentais, sem que isso se faça à revelia da realidade e à custa de toda a sociedade. Este trabalho é uma contribuição neste sentido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In: GARCIA, Emerson (coordenador). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Jus Podium, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.