

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**YAN BRANDÃO DE ALCÂNTARA**

**O DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO  
CUSTO, FORA DE LISTAS DE DISPENSAÇÃO GRATUITA, PELO ESTADO**

VITÓRIA  
2022

YAN BRANDÃO DE ALCÂNTARA

**O DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO, FORA DE LISTAS DE DISPENSAÇÃO GRATUITA, PELO ESTADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant’Ana Pedra

VITÓRIA

2022

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	3
<b>1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE</b> .....	5
1.1 O DIREITO À SAÚDE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO.....	7
<b>2. O CUSTO DOS DIREITOS E A ESCASSEZ NATURAL DE RECURSOS</b> ...	10
2.1 SÃO TODOS POSITIVOS.....	12
2.2 A ESCASSEZ NATURAL DE RECURSOS E AS ESCOLHAS ALOCATIVAS.....	13
2.3 NÃO SE TRATA DE REDUCIONISMO ORÇAMENTÁRIO.....	15
<b>3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO PELO ESTADO</b> .....	18
3.1 A LEGITIMIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	19
3.2 A DEMANDA, DE FATO, PELOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO, FORA DE LISTAS DE DISPENSAÇÃO GRATUITA.....	24
<b>4. AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E O INEVITÁVEL CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	28
4.1 A HIERARQUIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
4.2 DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE X DIREITO COLETIVO À SAÚDE.....	36
<b>CONCLUSÃO</b> .....	45
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	48

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a requisição de medicamentos de alto custo, que estão fora de listas de dispensação gratuita, de forma a determinar se existe ou não dever do Estado de responder tais requisições e fornecer gratuitamente esses medicamentos.

Para isso, iremos no primeiro capítulo adentrar as características do direito à saúde, tentando nessa análise identificar se o fornecimento de medicamentos compõe ou não tal direito e por quê. Além disso, será informado também, o que é, qual a função e como se organiza uma lista de dispensação gratuita de medicamentos.

No segundo capítulo, adentraremos aos custos dos direitos frente a escassez natural de recursos, trabalhando as dimensões dos direitos e suas características.

No terceiro capítulo, trabalharemos sobre a legitimidade ou não da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas, tentando identificar se eventual decisão favorável ao fornecimento de medicamentos de alto custo, fora de listas de dispensação gratuita, pelo Estado, estaria violando a separação dos poderes. Além disso, nos debruçaremos também, sobre o efetivo custo dessa demanda aos cofres públicos.

No quarto capítulo, adentraremos as questões orçamentárias que podem limitar o direito à saúde no fornecimento desses medicamentos demandados, trabalhando as características do orçamento e suas eventuais possibilidades de alteração. Além disso, analisaremos também a hierarquização de direitos fundamentais no contexto de colisões, tentando identificar um eventual conflito entre direitos no problema da presente pesquisa. Por fim, faremos também nesse capítulo, uma análise sobre os princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, de forma a identificar sua influência na conclusão da presente pesquisa.

Tendo observado todos esses capítulos, buscaremos então responder a seguinte pergunta: diante das características do direito à saúde, dos custos dos direitos, da escassez natural de recursos, das limitações orçamentárias, da legitimidade da

atividade jurisdicional no controle de políticas públicas, do princípio da reserva do possível, do princípio do mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana; pode-se afirmar que o Estado tem o dever de fornecer medicamentos de alto custo, fora de listas de dispensação gratuita?

## 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Pode parecer óbvio e desnecessário falar sobre a presença e a aplicação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, mas para entender a essencialidade desse trabalho é importante, antes de adentrar ao mesmo, discorrer sobre o direito à saúde e sua relação com o fornecimento de medicamentos de alto custo, fora de listas de dispensação gratuita, pelo Estado.

O direito à saúde está previsto no ordenamento jurídico brasileiro em diversos dispositivos, mas vem positivado, de forma fundamental, na constituição, primeiramente no art. 6, caput, CRFB/88, onde se determina que:

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. (BRASIL, 1988)

Nessa esteira, o art. 196, caput, CRFB/88, complementa ainda que:

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. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, tem-se que o direito à saúde é um direito, a priori, coletivo que visa o bem-estar sanitário dos cidadãos, sendo dever do Estado garanti-lo. Tal garantia, assim como determina a letra da lei, deve ser feita não apenas por políticas sociais, mas também por políticas econômicas, ou seja, o Estado não deve ser mero financiador do direito à saúde, como também não deve ser mero assistente, devendo haver um balanceamento entre suas ações. É nesse contexto que a presente pesquisa também atuará, identificando deveres e limites a atuação do Estado no fornecimento de medicamentos de alto custo. Sobre isso, no artigo “Reflexões Sobre a Saúde Enquanto Legítima Expectativa e Direito do Cidadão, Prioridades e Dever do Estado”, para a revista *Textos e Contextos*, volume 17, número 1, os autores Alexandre Machado e César Albenes de Mendonça Cruz, comentam que:

[...] para atender à previsão Constitucional, não basta haver uma política social adequada, pois, para que o Estado possa cumprir seu dever de prestar

saúde, deve haver também uma política econômica adequada, que compreenda a elaboração e a execução de orçamentos públicos capazes de responder com eficiência e eficácia o necessário financiamento das ações e serviços de saúde em todo o território nacional, enfrentando as complexidades de um país heterogêneo e de vasta dimensão continental, encarando as dificuldades e desafios para o avanço do sistema de saúde, esbarrando nas desigualdades inter-regionais, interestaduais e intermunicipais, no que diz respeito à capacidade financeira, de gestão e operação, além das distintas disposições políticas dos governantes. (MACHADO E CRUZ, 2018, p.234)

É importante já aqui ressaltar que, todo o custeio do direito à saúde deve ser feito de forma solidária entre os entes da federação, ou seja, haja visto a competência comum, União, Estados e Municípios tem o dever constitucional de prestar assistência à saúde aos cidadãos, conforme entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema de repercussão geral nº 793, que afirma que há “Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.”.

Acrescenta-se ainda que, sobre o direito à saúde recaem alguns princípios que devem ser observados. Dentre todos, temos alguns mais relevantes e que devem ser citados, como o princípio da universalidade (Art. 7, I, Lei 8080/90) e o princípio da igualdade (Art. 7, IV, Lei 8080/90) que “garantem ao cidadão a igualdade de todos às ações e serviços necessários para promoção, proteção e recuperação da saúde, sem preconceito ou privilégios de qualquer espécie, independentemente da natureza das ações envolvidas, da complexidade e do custo de atendimento” (MACHADO E CRUZ, 2018, p.234).

Além desses, tem-se também o dever de observância ao princípio da integralidade (Art. 7, II, Lei 8080/90), que como bem comentam, Alexandre Machado e César Albenes de Mendonça Cruz, em seu artigo já citado:

A integralidade na assistência garante ao cidadão acesso a um conjunto articulado de ações e serviços resolutivos, preventivos e curativos, individuais e coletivos, de diferentes complexidades e custos, que reduzam o risco de doenças e agravos e proporcionem o cuidado à saúde. Cabendo ao Estado a garantia de condições de atendimento adequado ao indivíduo e à coletividade, de acordo com as necessidades de saúde, tendo em vista a integração das ações de promoção de saúde, a prevenção de doenças e agravos, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação e a articulação da política de saúde com outras políticas públicas, como forma de assegurar uma atuação intersetorial entre diferentes áreas cujas ações tenham repercussão na saúde e na qualidade de vida das pessoas. (MACHADO E CRUZ, 2018, p.234)

Assim, tendo em vista todos os conceitos acima abordados é de se perguntar se o fornecimento de medicamentos, em geral, pelo Estado, figura no direito à saúde e se, portanto, torna-se obrigação do mesmo de fornecê-los?

## 1.1 O DIREITO À SAÚDE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Apesar da pergunta, é obvio observar e afirmar que o fornecimento de medicamentos, compõe certamente o direito à saúde. Isso porque, tal direito tem o que se pode chamar de intersecção normativa, ou seja, sua concretização influencia e é influenciada por outros direitos. Vejamos, é certo que uma assistência hospitalar gratuita e de qualidade contribuí para a observância do direito à saúde, da mesma forma, o direito a convivência social também contribuí, proporcionando saúde mental aos cidadãos. Nesse mesmo sentido, comentam, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero na obra “Curso de Direito Constitucional”:

[...] já se vislumbra a razão pela qual, precisamente no caso do direito à saúde, merece tanto destaque a circunstância - comum, em termos gerais (mas com significativas variações), a outros direitos fundamentais (como é o caso da moradia, do meio ambiente, dentre tantos) - tão bem lembrada por João Loureiro, no sentido de que a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, a apresentados, de tal sorte, “zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”, como é o caso da vida, integridade física e psíquica, privacidade, educação, ambiente, moradia, alimentação, trabalho, dentre outras. (SARLET, MARIONI e MITIDIERO, 2017, p.631)

Assim, pela própria principiologia do direito à saúde, tem-se que ele permeia desde o direito ao lazer, esporte e convivência social, até o direito a uma estrutura hospitalar de qualidade. Ou seja, os princípios da integralidade e universalidade fazem com que diversas ações sejam incluídas no escopo do direito à saúde. Com isso, pode-se afirmar que, o fornecimento de medicamentos, se enquadra dentro do direito à saúde.

Dessa forma, ficando evidente a integração do fornecimento de medicamentos, no direito à saúde, é de se concluir que o Estado tem o dever de prove-los, gratuitamente à população, sendo nesse sentido a previsão do art. 6, I, d, Lei 8080/90, que determina



expressamente que “Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): a execução de ações: de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

Assim, a fim de observar seu dever legal, o Estado se organiza legalmente e administrativamente para fornecer tais medicamentos; sendo essa distribuição feita por meio de listas de dispensação gratuita. Tais listas têm previsão na política nacional de medicamentos (portaria 3.916/98 do Ministério da Saúde), que tem como diretrizes: (I) Adoção de relação de medicamentos essenciais, no sentido de promover os medicamentos mínimos necessários a assistência farmacêutica; (II) Regulamentação sanitária de medicamentos, no sentido de regular questões relativas ao registro e comercialização de medicamentos no território nacional; (III) Reorientação da assistência farmacêutica, no sentido de não limitar a assistência farmacêutica apenas ao fornecimento de medicamentos, se estendendo também para campanhas e derivados; (IV) Promoção do uso racional de medicamentos, no sentido de educar os cidadãos acerca da automedicação e cumprimento da prescrição médica; (V) Desenvolvimento científico e tecnológico, no sentido de fomentar a pesquisa de novas tecnologias relativas a assistência farmacêutica; (VI) Promoção da produção de medicamentos, no sentido de fomentar a produção nacional e estratégica de medicamentos; (VII) Garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, no sentido de garantir o cumprimento da regulamentação sanitária e, assim, observar a segurança dos usuários; e (VIII) Desenvolvimento e capacitação de recursos humanos, no sentido de investir na contratação e capacitação de profissionais de saúde.

Nesse sentido, observando todas as diretrizes da política nacional de medicamentos, o SUS, por meio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), promove a revisão e atualização periódica do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), de forma a manter ou incorporar aqueles medicamentos, que atendam às necessidades prioritárias de saúde da população. Sobre essa lista é importante ressaltar que ela não é a única existente, podendo outros entes da federação realizarem, de acordo com a necessidade, suas próprias listas, como é o caso do REMUME (Relação Municipal de Medicamentos Essenciais). Dessa forma, com base em critérios como eficácia, custo e demanda os

profissionais que compõe as comissões responsáveis, em cada esfera, irão determinar quais medicamentos integrarão as listas respectivas.

Nessa esteira, é possível que, mesmo com profissionais capacitados, compondo essas comissões, fiquem medicamentos fora dessas listas de dispensação gratuita, seja pelos próprios critérios determinados pela comissão ou por outros obstáculos e impedimentos, como por exemplo: a falta de autorização para comercialização do medicamento pela ANVISA, a falta de pedido de registro do medicamento no Ministério da Saúde pela marca produtora, a existência de fármaco substituto eficaz de menor custo e etc. Nesses casos, mesmo que existindo o dever do Estado de garantir à saúde da população, não haverá previsibilidade de fornecimento gratuito de forma direta pela administração pública, sendo necessário a judicialização da demanda para eventual provimento do fornecimento gratuito desse medicamento. Importante ressaltar que a judicialização que nesse trabalho será diretamente analisada, é justamente aquela referente a falta de previsibilidade em listas de dispensação gratuita, não sendo objeto de análise direta, eventuais judicializações por ineficiência na prestação pela administração pública, ou seja, quando houver judicialização da demanda, por falta ou recusa de fornecimento pelo órgão público responsável, mesmo que presente o medicamento em lista de dispensação gratuita.

Sobre esse tipo de judicialização já existem algumas jurisprudências que balizam uma o tema, dentre elas temos duas em especial: o Recurso Extraordinário 566471/RN e o Recurso Extraordinário 657718/MG. Nessas decisões foram suscitadas diversas questões que serão, nesse trabalho, analisadas, como por exemplo: a legalidade orçamentária, a cláusula pétrea da separação dos poderes, o custo dos direitos, o princípio do mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana, a reserva do possível e o próprio direito à saúde em relação aos deveres estatais.

Tendo observado todas as questões relativas à integração ou não de medicamentos a listas de dispensação gratuita e tendo observado também a intrínseca relação do direito fundamental à saúde com o fornecimento de medicamentos de alto custo e, conseqüentemente, o dever do Estado de prove-los; adentaremos agora as questões econômicas e jurídicas que determinarão uma conclusão a pergunta da presente pesquisa.

## 2. O CUSTO DOS DIREITOS E A ESCASSEZ NATURAL DE RECURSOS

Para responder à pergunta da presente pesquisa é preciso, primeiro, ter consciência sobre a capacidade de concretização, pelo Estado, dos direitos positivados no ordenamento jurídico; fazendo-se necessário analisar de forma teórica, nesse tópico, qual o encargo financeiro dos direitos e o que isso impacta na sua concretização.

O “custo dos direitos” é um tema recorrente e muito debatido na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que, como veremos, ele impacta diretamente na concretização dos direitos. Para melhor entender sobre o tema, é interessante fazer uma breve contextualização histórica sobre o surgimento dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, em primeira mão, surgiram em um momento pós monarquia, como uma forma de frear a atuação e a interferência do Estado na vida privada. Tais direitos são comumente denominados como direitos de primeira dimensão ou primeira geração e englobam aqueles direitos tidos como individuais, como por exemplo: vida, propriedade e liberdade (sendo esses, inclusive, “lema” da revolução francesa, que se ambientou em período semelhante). Na sua obra “Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores”, Flávio Galdino, resume bem sobre o surgimento dos direitos de primeira dimensão:

[...] com a ascensão do pensamento liberal (stricto sensu, na Idade Moderna) de matriz Individualista, o Estado passou a reconhecer as liberdades individuais de corte natural, as quais, positivadas, constituíram direitos públicos subjetivos face ao próprio Estado. Tais seriam os únicos direitos exigíveis do Estado, e que se constituiriam em meras abstenções (não-intervenção) por parte dos entes públicos. (GALDINO, 2005, p.153)

Posteriormente, no século XX, surgem os direitos denominados como de segunda dimensão ou segunda geração. Tais direitos surgem por uma necessidade dos governados de uma maior atuação estatal, devendo o Estado não mais se restringir a não interferir na vida privada, como também garantir direitos individuais-coletivos como saúde, educação, moradia e emprego. Na mesma obra, Flávio Galdino, resume sobre o tema:

[...] ao Estado Social, o qual longe da postura meramente omissiva típica da fase anterior, deveria intervir nas relações interindividuais com o escopo de

realizar justiça social, efetuando por si mesmo ou por terceiros (ou seja, direta ou indiretamente) prestações positivas. (GALDINO, 2005, p.153)

Assim, olhando para o conceito trazido por Galdino de Estado Liberal e de Estado Social é possível identificar uma grande diferença entre eles, qual seja, a necessidade de atuação positiva do Estado para garantia de direitos, ou seja, a necessidade de que o Estado preste serviços à população para garantir os direitos positivados no ordenamento jurídico. É visível que o Estado Liberal é aquele cuja constituição reconhece apenas direitos negativos, enquanto a constituição do Estado Social reconhece direitos positivos, consubstanciados na exigibilidade jurídica de prestações estatais positivas para sua concretização (GALDINO, 2005, p.154).

Antes de adentrar mais ao tema e tendo em vista os termos até aqui utilizados, é importante criar uma demarcação conceitual quanto a positividade de um direito. Reforça-se que a palavra “positividade” ou “direito positivo” não será aqui utilizada em referência ao positivismo jurídico de Hans Kelsen, no qual entende-se, resumidamente, como positivo aquele direito previsto pelo ordenamento. O termo “direito positivo”, tem e deve transmitir no trabalho e, principalmente nesse tópico, a ideia de direito que necessita de uma prestação do Estado para que ele seja, de fato, concretizado. Carlos Flávio Venâncio Marcílio, em seu artigo “O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais”, na Revista de Direito Constitucional e Internacional número 66, sintetiza bem sobre essa conceituação:

Os direitos fundamentais são divididos comumente em direitos positivos ou direitos negativos, conforme a necessidade ou não de atuação ou de uma prestação positiva por parte do Estado. Assim, os direitos positivos demandam uma atuação estatal efetiva ou uma prestação positiva do Estado para sua concretização. Em contrapartida, os direitos negativos exigem uma omissão do Estado, ou seja, sua concretização independe de qualquer atuação ou prestação positiva estatal. (MARCÍLIO, 2009, p.156)

Como mencionado em parágrafos anteriores e voltando a eles, os direitos de primeira geração são frequentemente tidos como direitos negativos, assim, para a concretização do direito à vida, por exemplo, bastaria ao Estado que ele não atuasse contra a vida de seus governados. Dessa forma, os direitos negativos são tidos como caracteristicamente de defesa, garantindo a não intromissão do Estado na vida privada. Já em relação aos direitos de segunda geração tem-se o contrário, ou seja, são frequentemente tidos como direitos positivos, assim, para a concretização do

direito à saúde, por exemplo, seria necessário que o Estado atuasse positivamente para garantir à saúde de seus governados. Dessa forma, os direitos positivos são tidos como caracteristicamente de prestação.

## 2.1 SÃO TODOS POSITIVOS

Apesar da classificação desenvolvida anteriormente e de sua frequente utilização, é sensato pensar e afirmar que todo direito é positivo. Na grande obra e maior referência sobre o tema “O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos”, os autores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, trazem uma máxima clássica da ciência jurídica:

Uma máxima clássica da ciência jurídica diz que “Não há direito sem remédio jurídico correspondente”. Os indivíduos só gozam de direitos no sentido jurídico, e não apenas no sentido moral, quando as injustiças de que são objeto são reparadas pelo Estado de maneira justa e previsível. (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, p.30)

Ou seja, a simples positivação (no sentido atribuído por Kelsen) do direito à vida na constituição, não gera sua plena concretização. Vejamos, é fato que para a concretização de um direito é necessário, primeiro, que ele esteja previsto no ordenamento jurídico, pois caso contrário, não seria exigível qualquer postura do Estado em relação a esse direito. No entanto, sua mera previsão não se traduz em concretização, já que a relação dos governados não se dá única e exclusivamente com o Estado na figura de instituição, ou seja, os governados vivem e se relacionam entre si, tendo seus direitos violados por eles próprios e não apenas pelo Estado. Nesse sentido, a simples positivação do direito à vida e mera inércia do Estado, não garantiria que um governado atuasse em prejuízo a vida de outro. Além disso, é certo que o próprio Estado como instituição não se omite em relação a direitos de primeira geração, tidos como negativos, exemplo disso é a atuação dos bombeiros e policiais em relação a propriedade privada:

Outrossim, a positividade do direito de propriedade pode ser evidenciada na atuação de autoridades policiais e do corpo de bombeiros na proteção desse direito, no serviço de cartórios em registrar e guardar os títulos que conferem este direito, no recurso ao Poder Judiciário para prevenir ou impedir a violação deste direito, além da já mencionada atividade legislativa contínua

para a criação de delimitação do exercício do direito de propriedade, atividades estas que se afiguram claramente como atuação positiva e efetiva do Estado. (MARCÍLIO, 2009, p.158)

Nessa esteira, a positividade dos direitos, nos traz outra conclusão, qual seja, que todo direito positivo tem como consequência um custo, já que nenhuma atuação, seja privada ou pública, é isenta de dispêndio financeiro para sua execução. Nesse sentido, seja para garantir o direito positivo à saúde, com a construção de um hospital ou, para garantir o direito “negativo” a vida, com o pagamento dos policiais, haverá gasto de recursos financeiros. Sobre a mera previsão legal e o custo dos direitos, Francisco Javier Díaz Revorio, em sua obra “El coste económico de los derechos, su interpretación y garantía”, fala precisamente:

O dito anteriormente significa também que a mera proclamação constitucional de um direito, ainda que se estabeleça garantia jurisdiccional suficiente, não implica sua efetiva realização, pois isso requer ações positivas do poder público, o que em muitos casos terá um custo econômico. (REVORIO, 2020, p.40, tradução nossa)<sup>1</sup>

Assim, “o eventual “omitir-se”, para o Estado, também custa dinheiro” (GALDINO, 2005, p.226).

## 2.2 A ESCASSEZ NATURAL DE RECURSOS E AS ESCOLHAS ALOCATIVAS

Junto ao custo dos direitos, participa outro conceito, ou melhor, outra realidade que acaba por dar complexidade ao tema e faz com que continue sendo debatido, em âmbito doutrinário e jurisprudencial. Tal realidade é a escassez natural de recursos.

Antes de continuar nesse conceito, é importante salientar que o termo “escassez natural de recursos” será aqui utilizado para definir a finitude de recursos financeiros do Estado. Certamente a produção de riquezas pelo homem não é limitada, uma vez que, boa parte do valor de um produto ou serviço vem do trabalho, que por sua vez permite a criação de novas tecnologias. Nesse sentido, as constantes evoluções

---

<sup>1</sup> No original: Lo anterior significa también que la mera proclamación constitucional de un derecho, incluso aunque se establezca una garantía jurisdiccional suficiente, no implica su realización efectiva, ya que esta requiere actuaciones positivas de los poderes públicos, que en muchos casos tendrán un coste económico.

tecnológicas são responsáveis por agregar valor nas matérias primas utilizadas em determinado produto, não sendo a riqueza humana limitada somente pelos recursos naturais ao seu alcance. Tal raciocínio é tão válido que desde a revolução industrial (momento de grande avanço tecnológico) a humanidade experimentou um crescimento exponencial de sua riqueza, gerando maior conforto e prosperidade para humanidade, sendo prova disso, o também crescimento exponencial da população.

De qualquer forma, o crescimento da riqueza por si só não consegue justificar uma infinitude de recursos, uma vez que a demanda também afeta a escassez. Assim, como veremos em tópico posterior, a demanda por direitos apresenta uma crescente muito acentuada, superando a geração de riqueza pela humanidade. Dessa forma, considerando que a fonte primária de receita do Estado são os impostos cobrados dos contribuintes, e que esses mesmos contribuintes são os produtores e detentores da riqueza da humanidade, tem-se que a fonte de recursos do Estado não desenvolve uma crescente tão acelerada quanto a crescente da demanda por direitos. Nesse sentido, é de se afirmar que o crescimento da receita do Estado não acompanha suas despesas, gerando assim um cenário necessário de escassez. Dessa forma, o Estado nunca terá à disposição montante financeiro ilimitado para custear os direitos, os quais, como falado, são todos positivos e, portanto, demandam dispêndio de recursos financeiros.

Nessa esteira, o limite financeiro de receita do Estado juntamente com o necessário custo dos direitos, nos levam a uma simples conclusão: é necessário que o Estado realize de forma eficiente as alocações orçamentárias para atender a todos os direitos previstos no ordenamento, uma vez que alocar recursos na concretização de um direito significará retirar recursos da concretização de outro. Trata-se, nesse caso, de um jogo de soma zero, onde é necessário que, para um direito ser concretizado, outro não seja. Obviamente, que tal alusão não chega ao extremo, mas é certo dizer que nenhum direito terá sua concretização plena uma vez que demandaria recursos infinitos e exclusivos do Estado. Dessa forma, “Na proteção de direitos, as concessões são inescapáveis e necessariamente existirão.” (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, p.105).

Do mesmo modo, há de se falar que, nesse contexto, nenhum direito poderá ser absoluto, pois dessa forma estaria por condenar todos os demais. Flávio Galdino traz um ótimo conceito para a discussão, qual seja o de “escolhas trágicas”. Vejamos:

Diante de um orçamento “apertado”, o Estado faz a opção entre investir em (i) moradia ou (ii) educação. Lamentavelmente, nem sem-pre há recursos para ambos. Para o Estado, muitas dessas opções são dramáticas - impondo dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos. São as escolhas trágicas [...] (GALDINO, 2005, p.160)

Ou seja, mesmo que se trate de direitos de elevado “nível moral”, ou melhor essenciais ao indivíduo; a escassez natural de recursos obrigará o Estado a realizar a alocação de recursos, ainda que prejudique um direito tão essencial como saúde ou educação.

Além disso, é de se destacar que tais priorizações de direitos podem afetar a concretização de outros, para além das questões orçamentárias. No livro “Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas”, Gustavo Amaral, também trabalha essa ideia:

Não raro, a diminuição de um risco à saúde gera simultaneamente o aumento de outro risco. A proibição do uso de amianto em freios protege a saúde dos operários, mas pode ceifar vidas em acidentes automobilísticos, dada a menor eficiência de outros materiais na frenagem, além de poder provocar outros riscos ambientais, ante a toxicidade, dos elementos usados em substituição. A decisão de proteger determinado interesse muitas vezes gera uma nova forma de ameaça, tornando as decisões alocativas ainda mais complexas (AMARAL, 2001, p.150)

Assim, a alocação de recursos e a consequente priorização de direitos, segue em uma tênue balança que considerará diversos critérios de sopesamento, a fim de identificar a alocação de recursos considerada mais justa e suficiente, para a concretização dos direitos tidos como mais ou menos importantes, em determinada sociedade.

### 2.3 NÃO SE TRATA DE REDUCIONISMO ORÇAMENTÁRIO

É importante salientar e reforçar que “o custo dos direitos” é um tema essencial a proteção e a concretização dos direitos, sendo infinitas vezes retomado em debates



doutrinários e jurisprudências, além de ainda ser utilizado como arma política argumentativa. Vejamos:

Ao passo que os progressistas norte-americanos geralmente associam o direito de propriedade e liberdade de contrato a um egoísmo imoral, os conservadores vinculam as liberdades privadas à autonomia moral. Os progressistas situam numa generosa solidariedade a origem dos direitos positivos, ao passo que os conservadores libertários relacionam com uma dependência doentia as benesses da previdência social. [...]. Embora não seja, portanto, apanágio de nenhuma corrente política, a dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos não é, de maneira alguma, uma presença santa e inocente no campo da política, pois influencia alguns de nossos debates mais importantes. (HOLMES E SUNSTEIN, 2019 p.29)

De certo modo é até compreensível a utilização e “crença” nos direitos negativos, uma vez que a positividade dos direitos e a escassez de recursos nos traz uma necessária e dolorosa troca a ser realizada, necessitando expressamente que se negue recursos a determinados indivíduos ou grupos.

Ignorar os custos é deixar certas trocas dolorosas fora do nosso campo de visão. [...] O desejo universal de apresentar os direitos como uma coisa positiva, sem ressalva alguma, talvez ajude a explicar por que uma abordagem que não leva em conta o custo é vista com simpatia por todos os lados do debate. (HOLMES E SUNSTEIN, 2019 p.13)

Assim, muitas vezes, a “tentação” da negatividade dos direitos, pode afastar os juristas e atores políticos do debate, fazendo com que as escolhas trágicas sejam esquecidas, pouco discutidas e disfarçadas por meio de critérios medíocres, que parecem neutros, podendo a negativa a vida, por exemplo, ser creditada a Providência (AMARAL, 2001, p.171-172).

De qualquer forma a importância do tema, não traz consigo uma necessária ditadura do orçamento, ou seja, o que se pretende nesse tópico, não é determinar que as escolhas alocativas sejam influenciadas unicamente pelo montante de recursos financeiros disponíveis. Pretende-se aqui, criar a ideia de que o custo e a escassez são elementos fundamentais ao direito e não podem ser ignorados.

Ou seja, o estudo dos direitos não reflete de maneira alguma uma adoração cega dos resultados de mercado; pelo contrário, tem o objetivo de estimular uma formulação prudente de políticas públicas. (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, p.191)

Dessa forma, não se determina aqui que as decisões acerca de políticas públicas, que trabalham a alocação de recursos financeiros para a concretização de direitos, devam ser tomadas por contadores, mas sim que tais custos não devem ser ignorados sob pena de prejuízo a tantos outros direitos (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, p.78).

### **3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO PELO ESTADO**

O tema “custos dos direitos”, acima abordado, e a judicialização da saúde no fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, tem grande e direta conexão, uma vez que ambos trabalham questões orçamentárias.

Vejamos, o termo judicialização da saúde é utilizado para definir o acesso à saúde por vias judiciais, ou seja, quando os cidadãos buscam tal direito por meio do ajuizamento de ações que tem como objetivo final que o Estado pague, faça, forneça serviço ou produto de natureza sanitária. Nesse sentido, tendo em vista a intrínseca relação do fornecimento de medicamentos com o direito à saúde, muitas dessas ações demandam do Estado o custeio de medicamentos fora de listas de dispensação gratuita, sendo esses, geralmente, de alto custo.

Como vimos, a judicialização da saúde tem como uma das principais causas a falta de previsibilidade de fornecimento gratuito, pelo Estado, dos medicamentos demandados; assim, a falta de inserção desses medicamentos em listas de dispensação gratuita, faz com que, em primeira mão, a administração pública não seja obrigada diretamente a fornecê-lo gratuitamente, devendo então essa requisição ser feita por vias judiciais.

Dessa forma, é sensato pensar que, inexistindo a previsão de fornecimento por meio das listas de dispensação gratuita, o administrador público não separa verbas para o suprimento dessas demandas, assim, a eventual decisão judicial favorável ao fornecimento gratuito de medicamentos, fora das listas de dispensação, pelo Estado, não encontra base no orçamento; existindo então, uma evidente imprevisibilidade orçamentária.

Nesse contexto, muitas críticas surgem em relação a atuação jurisdicional no controle de políticas públicas, dentre elas que a atividade judicial, e talvez os operadores do direito em geral, simplesmente ignoram as externalidades como regra (GALDINO, 2005, p.162). Assim, há de se pensar se a classe jurídica dispõe de habilidade específica e suficiente para interferir corretamente, na distribuição de recursos feita

por administrador público, a priori, capacitado. Sobre essa ideia, Holmes e Sunstein comentam, na obra, já citada, “O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos”:

Embora os juízes talvez sejam muito competentes para identificar violações flagrantes de direitos ou mesmo invalidar erros flagrantes de distribuição de recursos, não são capazes, na maioria dos casos, de determinar de maneira inteligente que os recursos disponíveis devam ser canalizados para outras necessidades permanentes. [...]. Os tribunais não saberiam tomar sobre si as tarefas de estabelecer prioridades e otimizar a distribuição de recursos escassos [...] (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, p.76)

Assim, diante da falta de previsão administrativa e orçamentária, e da falta, em regra, de habilidade específica e suficiente da classe jurídica para administração dos recursos públicos; faz-se necessário refletir se existe de fato legitimidade da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas.

### 3.1 A LEGITIMIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

É certo que todo cidadão tem o direito de demandar do judiciário eventual direito do qual entenda ser detentor, sendo dever do órgão judicial demandado, determinar uma resposta sobre o assunto discutido. Tal ideia, é muito bem baseada no princípio do acesso à justiça, presente no art. 5º, XXXV, CRFB/88, que determina taxativamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, seria óbvio afirmar que, aqueles cidadãos que entendam ter direito ao fornecimento de medicamentos de alto custo que estão fora de listas de dispensação gratuita, e que queiram pleitear tal direito perante a justiça, poderão assim fazer.

No entanto, não é sobre isso que se trata esse tópico, mas sim se, diante dessa demanda, o juiz terá legitimidade para determinar que o Estado pague ou forneça gratuitamente medicamentos fora de listas de dispensação, ou seja, se o poder judiciário pode intervir no controle de políticas públicas, como a discutida nesse trabalho.

Vejamos, é certo que todo juízo é revestido de jurisdição, entendendo ser essa o poder de dizer o direito, ou melhor de aplicá-lo utilizando-se do poder estatal, conforme determina a própria etimologia da palavra. No entanto, a jurisdição é e deve ser limitada pela competência, comumente descrita por processualistas, como o limite da jurisdição. Assim, todo juiz tem jurisdição, mas não terá, em todos os casos, competência para decidir. Dessa forma, a fim de discutir a competência e, conseqüentemente, a legitimidade do juiz no controle de políticas públicas será preciso, primeiro, adentrar no conceito e história do instituto da separação dos poderes.

A separação dos poderes é um instituto jurídico, presente no art. 2º, CRFB/88, que determina taxativamente que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; não podendo essa determinação ser abolida mediante proposta de emenda à Constituição, ou seja, a separação dos poderes é cláusula pétrea da Constituição, conforme art. 60, § 4º, III, CRFB/88. Tal “imutabilidade”, advém de sua importância para a manutenção e observância do ordenamento jurídico brasileiro; o que pode ser melhor entendido pela análise da origem do instituto.

Antes da ideia de separação dos poderes vigorava, de forma contrária, no período das monarquias absolutistas, a ideia de concentração dos poderes, que justificava as arbitrariedades do governante em relação aos seus governados. Sobre esse contexto Maldonado, em seu artigo “Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro”, publicado na Revista Jurídica “9 de Julho”, comenta:

[...] a partir do conceito de soberania em BODIN (1576, *Les six livres de la Republique*) e da doutrina de HOBBS, desenvolveram-se as idéias ABSOLUTISTAS, que justificavam filosoficamente a concentração dos poderes nas mãos de um soberano, limitado, este último, apenas pelo direito natural, do ponto de vista filosófico, mas, na prática, apenas pela sua razão ou vontade e não pelo direito.

À vontade do soberano se confundia com a vontade do Estado, como exemplifica a célebre frase atribuída a LUÍS XIV, *l’Etat c’est moi*. Esta concentração de poderes levou à degeneração, às arbitrariedades e ao abuso do poder. Adicionada à ascensão econômica da Burguesia, inicia-se o término da Idade Moderna [...] (MALDONADO, 2003, p.3-4)

Dessa forma, o governante era legislador, julgador e executor, podendo ele moldar as leis a seu interesse, interpretá-las pela sua visão e executá-las da forma que entendia melhor, gerando então evidentes e duras arbitrariedades contra os governados. Posteriormente, assim como comentado por Maldonado, com a ascensão da burguesia e o declínio dos monarcas, iniciou-se a idade Moderna, trazendo consigo a criação sistematizada do instituto da separação dos poderes.

Muitos autores remontam a origem desse instituto em Aristóteles, mas foi em Locke (na obra “Segundo tratado sobre o governo civil”) e, principalmente, em Montesquieu (na obra “Do Espírito das Leis”) que ela tomou uma forma sistematizada (MALDONADO, 2003, p.4) e semelhante àquela aplicada nos períodos atuais.

Segundo o principal idealizador da separação dos poderes, qual seja Montesquieu, seria essencial para forma do Estado a existência de três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder de Julgar, uma vez que a concentração desses poderes em um único “corpo” levaria a arbitrariedade e a falta de liberdade:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2008, p.260)

Dessa forma, em sua origem, a separação dos poderes tem como intuito proteger os governados das arbitrariedades do governante, o qual se vinculava, única e exclusivamente a sua vontade.

Entretanto, com o movimento constitucionalista e o processo de constitucionalização dos Estados, começou-se a entender a separação dos poderes para além da função de proteção, compreendendo-o como instituto meio para a efetividade dos direitos

fundamentais (JÚNIOR, 2004, p.26). Assim, como muito bem observado pelo autor Américo Bedê Freire Júnior, em sua tese de mestrado “O controle judicial de políticas públicas no Brasil”, a separação dos poderes passa a ser instituto fundamental no cumprimento da Constituição e conseqüentemente da observância dos direitos fundamentais:

Se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão pontificava, em seu artigo 16, que “Toda sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação de poderes não tem uma constituição” devemos reconhecer a profunda ligação entre os direitos fundamentais e a separação dos poderes, sendo essa última expressão meio para atingirmos o desiderato maior de proteção dos direitos fundamentais. (FREIRE, 2004, p.27-28)

Dessa forma, haja visto que recaí sobre a função típica da atividade jurisdicional, mais especificamente sobre o Supremo Tribunal Federal, o dever de guarda da Constituição, conforme art. 102, caput, CRFB/88; faz-se necessário repensar também qual a postura do poder judiciário perante as ações e omissões, dos demais poderes, relativas a políticas públicas, que descumprem com as determinações legais e constitucionais.

Nesse contexto, surgem argumentos favoráveis e contrários sobre a intervenção do poder judiciário no controle de políticas públicas, que são, a priori, de competência típica do poder executivo. Dentre as críticas, está a falta de legitimidade pela falta de eleição, na ideia de que somente o indivíduo eleito teria a chancela do “povo” para organizar e dispor dos recursos originários do próprio “povo”. Entretanto, a falta de eleição não tira a legitimidade do juízo para decidir sobre o controle de políticas públicas, como bem comenta Júnior, na sua tese já citada:

A regra da maioria não pode ser absoluta sob pena de superarmos a ditadura de um tirano e criarmos a ditadura da maioria (mil tiranos). Afirmar, portanto, o caráter contra-majoritário de um poder em nada significa retirar a sua legitimidade, pois, repita-se, a legitimidade dos juízes decorre da própria Constituição e da fundamentação de suas decisões. (FREIRE, 2004, p.44)

Acrescenta ainda que:

Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas. (FREIRE, 2004, p.45)

Assim, sendo eleito ou não, a necessidade de observância da Constituição, por todos os poderes, permanece, superando então o argumento de “caráter contra-majoritário”. Em sequência suscita-se ainda o argumento de “ditadura do judiciário”, no sentido de que permitir tal intervenção “significaria colocar o judiciário como um super poder, visto que poderia sempre controlar, mesmo que por razões não tão confessáveis, os atos dos demais poderes” (JÚNIOR, 2004, p.38). Entretanto, deve-se afirmar aqui que não se trata de ditadura do judiciário, haja visto que a única supremacia existente será a da Constituição, não podendo o judiciário ser mero carimbador das decisões dos demais poderes (JÚNIOR, 2004, p.30).

Por fim, surge o argumento de falta de imparcialidade, como afirma Júnior:

[...] a judicialização da política pode trazer graves prejuízos, especialmente no que tange à imparcialidade dos juízes, requisito fulcral para a jurisdição, posto que o jogo político é incompatível com posições neutras ou imparciais. (FREIRE, 2004, p.38)

Sobre a imparcialidade é certo e sensato pensar que, em nenhuma esfera do poder público ela existirá plenamente. Assim, como afirmado por Américo Bedê Freire Júnior, apesar da essencialidade da imparcialidade na atividade jurisdicional, é de se reconhecer que, pela natureza humana, será impossível o juiz se despir completamente de subjetivismos e julgar de forma plenamente imparcial, qualquer caso. Dessa forma, seja no controle de políticas públicas, na reclamação trabalhista, na esfera cível ou em qualquer outro julgamento, haverá imparcialidade, não sendo então argumento suficiente para obstar a intervenção do poder judiciário no controle de políticas públicas.

Nessa esteira, é preciso reconhecer então que o poder judiciário não pode se “portar” passivamente diante de evidentes violações a direitos fundamentais e conseqüentemente, violações a constituição; mesmo que isso signifique adentrar dentro da competência dos demais poderes. Como bem concluí Júnior:

[...] não se admite que a passividade do Judiciário seja um beneplácito para que as condutas em desacordo com a Constituição sejam estimuladas, ao invés de reprimidas.



Não pode o Poder Judiciário ser mero carimbador de decisões políticas tomadas ao arrepio da Constituição e ao sabor de conjunturas que em nada se preocupam com os direitos do povo, que produziu uma Constituição e indicou o Poder Judiciário para defendê-la justamente dessas conjunturas misteriosas e inexoráveis. (FREIRE, 2004, p.66)

Assim, da mesma forma que o art. 2º, CRFB/88, determina a separação e independência dos poderes, ele determina também sua harmonia, ou seja, a atuação dos poderes não está e não deve estar limitada as suas funções típicas, devendo também, na ideia de freios e contrapesos, fiscalizar, supervisionar e corrigir ações e omissões dos demais poderes, a fim de promover a taxativa harmonia entre os poderes.

Dessa forma, não será a natureza de política pública que determinará no caso debatido nessa tese, se é ou não dever do Estado fornecer medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita.

### 3.2 A DEMANDA, DE FATO, PELOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO, FORA DE LISTAS DE DISPENSAÇÃO GRATUITA

A fim de tornar o tema mais palpável e afirmar, ainda mais, a sua grande importância, é interessante apresentar qual o impacto financeiro real, para o Estado brasileiro, do fornecimento de medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita.

Para melhor precisão iremos utilizar dados até 2019 e de abrangência nacional, tendo em vista a maior quantidade de estudos realizados nesse contexto e até esse período. Nesse sentido, se analisarmos o orçamento da União de 2019, veremos que, segundo dados do Portal da Transparência (BRASIL, 2019) (na aba de despesas públicas), as verbas destinadas para à saúde foram de aproximadamente 114 bilhões de reais, representando cerca de 9.5% das despesas do Estado brasileiro naquele ano. A parte do orçamento federal destinado à saúde, no mesmo ano, foi dividida entre: assistência hospitalar e ambulatorial (57 bilhões, representando 49.94%), atenção básica (26.4 bilhões, representando 23.12%), suporte profilático e terapêutico (10.9 bilhões, representando 9.61%), administração geral (7.9 bilhões, representando 6.67%),

vigilância epidemiológica (6.2 bilhões, representando 5.49%) e outros (5.5 bilhões, representando 4.87%).

Enquanto isso, no mesmo ano, de acordo com dados do Ministério da Saúde trazidos pelo G1 (D' AGOSTINHO; RODRIGUES, 2020), foi registrado um gasto de 1.37 bilhão de reais com a aquisição de medicamentos de alto custo e depósitos judiciais para o ressarcimento de pacientes, considerando somente os medicamentos fora de listas de dispensação gratuita. No mesmo sentido, o Orçamento Temático de Acesso a Medicamentos (OTMED) 2019, pesquisa do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), trouxe também valor de gasto próximo, qual seja o de 1.30 bilhão de reais. Obviamente, que nem todo esse gasto foi performado pela União, no entanto, para fins de cálculo, imaginemos que assim tenha sido; tal número corresponderia a 1.2% do orçamento federal destinado à saúde e 12.5% das verbas destinadas ao suporte profilático e terapêutico, no qual se encaixaria justamente o fornecimento, em geral, de medicamentos a população. É certo que podem ocorrer algumas imprecisões no cálculo, no entanto, tal imprecisão não afeta a importância do tema, já que, como falamos, tal apresentação vem para dar noção de magnitude dos custos com medicamentos fornecidos por meio de vias judiciais. Assim, como ressalta Revorio, as implicações teóricas do tema têm ramificações para além das implicações materiais:

Embora seja muito provável que não seja possível realizar um cálculo totalmente preciso dos valores, isso não significa que o tema do custo econômico não seja relevante, pois, independentemente do referido cálculo exato, o tema tem implicações que são essenciais na análise da teoria dos direitos, de cada direito em particular e dos possíveis conflitos entre direitos. (REVORIO, 2020, p.27, tradução nossa)<sup>2</sup>

Voltando ao orçamento e as pesquisas citadas, veremos que nos últimos 7 anos, houve uma grande crescente do gasto com medicamentos de alto custo judicializados fora de listas de dispensação gratuita, saindo de 549 milhões, em 2013, para 1.37 bilhão de reais, em 2019, totalizando, nesses 7 anos, um gasto de 7.43 bilhões de reais, com média de 743 milhões por ano. De forma contrária a receita do Estado brasileiro, segundo dados do Portal da Transparência (BRASIL, 2019) (na aba de

---

<sup>2</sup> No Original: Aunque es muy probable que no se pueda llevar a cabo un cálculo totalmente preciso de las cantidades que cuesta la satisfacción de cada derecho, ello no significa que la perspectiva del coste económico no sea relevante, pues, independientemente de dicho cálculo exacto, la idea tiene implicaciones que es imprescindible con-siderar en el análisis de la teoría de los derechos, de cada derecho en particular y de los posibles conflictos entre derechos.

receitas públicas), saiu de 1.8 trilhões de reais em 2013 para 2.9 trilhões de reais em 2019, ou seja, uma diferença proporcional de crescimento de aproximadamente 90%. Assim, enquanto o custo com o fornecimento de medicamentos de alto custo, fora de listas de dispensação gratuita, subiu cerca de 150%, a receita do Estado brasileiro subiu apenas 60%, existindo então evidente desbalanceamento orçamentário nesse tema.

Sobre todo esse gasto tem-se ainda que ele é dirigido a uma pequena parcela da população, cerca de 1.596 pessoas, em 2018, onde houve um gasto de 1.2 bilhão de reais, realizando uma média de 759 mil por pessoa, segundo dados do Ministério da Saúde trazidos pela Gazeta do Povo (TRISOTTO, 2019). Dessa forma, fica visível que há uma grande e desproporcional demanda orçamentária no fornecimento de medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita, isso porque, estamos falando de cerca de 0.0007% da população brasileira, utilizando 1.2% do orçamento federal destinado à saúde e 12.5% das verbas destinadas a suporte profilático e terapêutico.

Assim, fica evidente que o fenômeno da judicialização da saúde aproveita a uma parcela muito pequena da população brasileira, utilizando-se de grande montante de recursos financeiros. Dessa forma, é de se dizer que tal fenômeno só aumenta ainda mais as assimetrias sociais relativas ao acesso à justiça. Vejamos, é certo pensar e dizer que, apesar da previsão constitucional de acesso à justiça e dos diversos dispositivos que visam dar efetividade a esse princípio, como a gratuidade da justiça, não existe de fato um exercício desse direito de forma igualitária pelos cidadãos. Ou seja, os indivíduos que de fato tem acesso à justiça, são geralmente, aqueles que dispõe de recursos financeiros e cognitivos para assim requererem seus direitos. Dessa forma, a possibilidade de demandar judicialmente medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita, fica muitas vezes, limitado a indivíduos de classes abastadas, que detém recursos financeiros suficientes e conhecimento legal mínimo para perseguir seus direitos. Nesse mesmo sentido, o Ministro Roberto Barroso, em seu “voto vista” no já mencionado RE 657718 MG, ressaltou que:

Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da população, que continua

dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. (STF, Barroso, 2019, RE 657718 MG)

Além disso, o Ministro Alexandre de Moraes, também afirmou em seu voto vista no RE 657718 MG, que:

Aqueles que obtêm a possibilidade de um provimento jurisdicional, de um acompanhamento jurisdicional por parte do advogado, acabam tendo preferência em relação a toda uma política pública planejada, até porque - e fiz questão também de salientar - as decisões judiciais, em matéria de medicamentos, de saúde, são cumpridas com orçamento destinado à saúde. Em outras palavras, o montante determinado judicialmente a poucos indivíduos, por mais importantes que sejam as questões, é retirado do orçamento destinado a milhões de pessoas que dependem do SUS. (STF, Moraes, 2019, RE 657718 MG)

Tendo observado, toda a discussão sobre os custos dos direitos, todas as ponderações feitas sobre a legitimidade da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas, a crescente demanda por tais medicamentos, o desproporcional crescimento da receita brasileira, a baixa quantidade de cidadãos beneficiados e a essencialidade do direito à saúde, adentraremos agora a questão jurídica final que determinará uma conclusão ao problema da presente pesquisa.

#### **4. AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E O INEVITÁVEL CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como vimos em tópico anterior, o custo dos direitos e a escassez natural de recursos criam um necessário dever de diligência do administrador público, qual seja, o de promover a alocação dos recursos da melhor forma possível. Tal alocação é feita no Brasil por meio do planejamento orçamentário, instrumento pelo qual o Poder Executivo e o Poder Legislativo se organizam para determinar de forma específica e clara o montante de verbas a serem direcionadas aos diversos setores que dependem de financiamento estatal.

Todo o planejamento orçamentário e sua execução devem ser pautados pelos princípios da administração pública previstos no art. 37, caput, CRFB/88, dentre os quais, que aqui serão ressaltados, temos o princípio da legalidade e o princípio da eficiência, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] (BRASIL, 1988)

O princípio da legalidade determina em suma que a administração pública deve sempre atuar dentro daquilo que a lei prevê, ou seja, os atos do administrador devem estar corroborados por determinada norma legal. Sobre esse princípio, José Afonso da Silva, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, ressalta muito bem o comentário de Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública”, prossegue, “não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador significa ‘deve fazer’ assim””. (MEIRELLES, 2015, p. 82 - 83, apud SILVA, 2015, p. 430)

Quanto ao princípio da eficiência, tem-se que ele traduz a ideia de maior e melhor produtividade com o menor dispêndio possível de recursos, assim, esse princípio preza pela maior quantidade, maior qualidade e menor custo, podendo ser resumido

no conceito popular de “custo-benefício”. Nesse mesmo sentido, comenta José Afonso da Silva na sua obra já citada:

Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. (SILVA, 2015, p. 268)

Assim, em suma, tem-se que o orçamento deverá ser planejado e executado de forma eficiente e com previsão legal, desenvolvendo-se nessa última característica a taxatividade orçamentária, que será mais a frente comentada. Além disso, recaí ainda sobre o administrador público o dever da responsabilidade fiscal, o qual se conceitua, como o dever de gestão fiscal planejada e transparente, conforme art. 1, § 1º, LC 101/2000 (lei de responsabilidade fiscal); só reforçando as determinações principiológicas já comentadas.

Dessa forma, a fim de observar os princípios da legalidade e da eficiência, deve o administrador público junto ao Poder Legislativo promover o planejamento orçamentário. Tal planejamento é estruturado, no Brasil, principalmente por meio de três peças orçamentárias, quais sejam o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O Plano Plurianual tem sua previsão no art. 165, I, CRFB/88, sendo sua conceituação e determinação de função feita no parágrafo 1º do mesmo artigo. Tal peça, serve como instrumento de planejamento orçamentário de médio prazo, tendo em vista sua duração de 4 anos (começando no segundo ano de mandato de um presidente e indo até o primeiro mandato de outro). Seu objetivo é determinar metas gerais para as despesas de capital ou outras dela decorrentes e para as despesas relativas aos programas de duração continuada. Importante informar que, tem-se como despesa de capital todo o gasto para a geração de bens que integrarão o patrimônio público, entendendo-se nesse conceito os investimentos e a amortização de dívida; além disso, tem-se como programa de duração continuada, o conjunto de ações necessárias voltadas a solução de terminado problema que ultrapasse um exercício

financeiro. O PPA é a norma de maior “hierarquia” dentro do planejamento orçamentário, ou seja, tanto a LDO quanto a LOA devem observar as disposições feitas no plano.

Em relação a Lei de Diretrizes Orçamentárias, tem-se que sua previsão está no art. 165, II, CRFB/88, sendo sua conceituação e determinação de função feita no parágrafo 2º do mesmo artigo e no art. 4 da Lei Complementar 101 de 2000. Tal peça, serve como instrumento de planejamento orçamentário de curto prazo, tendo em vista sua elaboração anual. Seu objetivo é determinar, para o próximo ano fiscal, metas e prioridades da administração pública federal, o equilíbrio entre receitas e despesas e, ainda, estabelecer as diretrizes fiscais para elaboração da LOA; servindo então como um elo entre o PPA e a LOA.

Por fim, em relação a Lei Orçamentária Anual, tem-se que sua previsão está no art. 165, III, CRFB/88, sendo sua conceituação e determinação de função feita no parágrafo 5º do mesmo artigo e no art. 5 da Lei Complementar 101 de 2000. Tal peça, serve como instrumento de planejamento orçamentário, também de curto prazo, tendo em vista sua elaboração anual. Seu objetivo é determinar, para o próximo ano fiscal, uma estimativa de despesas e receitas, de forma setORIZADA e específica, além de discriminar eventuais créditos a serem concedidos no exercício e dívidas a serem quitadas; devendo tudo isso observar as disposições do PPA e da LDO.

Assim, percebe-se que o planejamento orçamentário segue rigorosa estrutura, justamente como forma de trazer maior previsibilidade, organização e eficiência a alocação e dispêndio de recursos financeiros públicos. Nessa ideia e juntamente com o princípio da legalidade tem-se a característica da taxatividade orçamentária, que se conceitua, resumidamente, pela obrigação de cumprimento do orçamento nos termos determinados nas peças orçamentárias, conforme determina o art. 165, § 10º, CRFB/88, vejamos:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 10. A administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, o orçamento é caracteristicamente impositivo, não sendo possível, por exemplo, a assunção de despesas não previstas (art. 167, II, CRFB/88) e o remanejamento de verbas sem autorização legislativa (art. 167, VI, CRFB/88). Nesse mesmo sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, afirmou em seu voto vista no RE 657718 MG, que:

Não há mágica orçamentária. O Poder Judiciário deve, sempre que possível, evitar ser um elemento desestabilizador da execução do orçamento, até porque a Constituição estabelece princípios e regras que vinculam a atuação estatal à estrita observância da lei orçamentária, vedando a transposição de recursos públicos para finalidade diversa da prevista na lei orçamentária. E muitas vezes, principalmente quando a ação é ajuizada contra o município, é pleiteado na própria ação. "Ah, não tem dinheiro na saúde do município para destinação desse medicamento!" Então, por decisão judicial, pede-se que se faça uma transposição orçamentária vedada pela própria Constituição, que se retire da educação, da segurança, da construção de habitação. A Constituição estabelece essa vinculação da atuação estatal à estrita observância da lei orçamentária. (STF, Moraes, 2019, RE 657718 MG)

No entanto, o orçamento não é completamente inflexível, sendo possível que sejam executados créditos suplementares (empréstimo) com destinação específica, desde que autorizados pelo legislativo, conforme determina o art. 167, III e V, CRFB/88. Assim, percebe-se que as possibilidades de alteração e suplementação orçamentária, são extremamente amarradas, impossibilitando rápidas e voluptuosas mudanças. Dessa forma, a regra é que o administrador público “sempre” estará vinculado ao orçamento, criando no caso da presente pesquisa um evidente conflito de direitos.

Vejamos, se o administrador público não pode de forma simples, remanejar verbas de outro setor e também não pode aumentar a disponibilidade de recursos por meio de empréstimos, tem-se que a única saída é administrar os recursos dentro do próprio orçamento da saúde, o qual pode ser administrado de forma discricionária, sem muita limitação. Assim, pode de forma simples o administrador público remanejar verbas, por exemplo, da assistência hospitalar e ambulatorial para o suporte profilático e terapêutico. Entretanto, tal manejo irá provocar certamente o prejuízo da assistência hospitalar em favor do suporte profilático. Assim, podemos concluir que a taxatividade do orçamento e a imprevisibilidade orçamentária das demandas relativas ao fornecimento de medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita, gerarão um conflito entre direitos, qual seja o conflito entre o direito individual à saúde



e o direito coletivo à saúde. Sobre isso o Ministro Alexandre de Moraes, afirmou em seu voto vista no RE 657718 MG, que:

[...] às vezes, em decisões, vem sendo esquecido - que arrecadação estatal é finita, o orçamento é finito, a destinação à saúde pública igualmente é finita. Ou seja, o que estamos a analisar é se, eventualmente, algo fora de todo o planejamento de uma política pública e que custa milhões e milhões - já chegando, no caso da União, a casa do bilhão -, se essa destinação individual não estaria a prejudicar o coletivo, porque, obviamente, o dinheiro vem de algum lugar e o dinheiro vem do orçamento da saúde. Esse dinheiro, destinado para solução de pendências ou controvérsias judiciais individuais, está sendo retirado da aquisição de medicamentos planejados para o seu fornecimento no conjunto de uma política pública e coletiva. (STF, Moraes, 2019, RE 657718 MG)

Dessa forma, é inevitável que para atender as demandas individuais relativas aos medicamentos, seja necessário a redução da concretização do direito coletivo à saúde, haja visto que haverá também uma redução na disponibilidade de recursos para a execução de políticas públicas que visam garantir à saúde de uma forma coletiva. Assim, afirma-se por derradeiro, que há um evidente conflito entre o direito individual à saúde e o direito coletivo à saúde.

#### 4.1 A HIERARQUIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Certamente que a hierarquia entre normas no Direito está presente, sendo evidente essa presença quando observado a pirâmide de Kelsen, na qual o seu autor, Hans Kelsen, determinou como a norma de maior hierarquia a “norma fundamental”, que serviria como base normativa para a criação de todas as outras demais normas de um ordenamento jurídico. No entanto, quando se trata de direitos fundamentais, não há o que se falar em hierarquização no campo abstrato, haja visto a natureza principiológica desses direitos. Para então entender melhor a não hierarquização de direitos fundamentais será necessário adentrar aos conceitos de regra e princípio, e analisar a solução de eventuais colisões entre eles.

O conceito de princípios e regras vem a muito tentando ser delimitado por diversos doutrinadores, surgindo nesse processo alguns critérios para realizar essa diferenciação conceitual, dentre eles podemos destacar o critério da generalidade. Esse critério entende resumidamente que os princípios determinam uma maior

quantidade deveres a serem observados, enquanto as regras se limitam a determinar poucos ou um único dever-ser, assim, os princípios tendem a salvaguardar um número maior de bens jurídicos se comparado com as regras. Além disso, princípios e regras são ainda diferenciados com base no fato daqueles serem razões para estes (ALEXY, 2008, p. 88-89), ou seja, os princípios são fonte normativa das regras.

Entretanto, tais critérios, não se demonstraram suficientes para o jurista Robert Alexy, que em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, delimitou conceitos para ambas as normas, vejamos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90)

Continua o autor:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2008, p. 91)

Assim, pode-se dizer que Alexy ainda se utiliza do critério da generalidade, mas não se limita a ele, identificando também um critério de grau de satisfação, onde os princípios podem ser satisfeitos em maior ou menor grau, enquanto as regras ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Dessa forma, percebe-se uma maior rigidez em relação as regras, fazendo com que elas, em eventual colisão, não possam coexistir. Nesse contexto, Alexy afirma que:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (ALEXY, 2008, p. 92)

De forma diversa, Alexy afirma que nenhum princípio poderá ter precedência incondicional sobre outro, ou seja, nenhum princípio deve ser abstratamente absoluto,

sob pena de inviabilizar todo um conjunto de normas para proteção de bens jurídicos específicos. Sobre isso, Alexy, em sua obra já citada, promove um grande exemplo:

Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto: as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. (ALEXY, 2008, p. 111)

Assim, no exemplo de Alexy, tomar como absoluto um princípio, relativo a interesses coletivos, seria condenar a eficácia das normas referentes a interesses individuais, e vice-versa. Dessa forma, a colisão de princípios não pode ser solucionada com a mera determinação de invalidade de um ou de outro princípio, sendo necessário realizar uma análise de precedência em condições específicas, vejamos:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem 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. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. (ALEXY, 2008, p. 93-94)

Tal análise de precedência condicionada será feita por meio de um sopesamento, que pode ser entendido como a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade dentro do conflito de interesses principiológicos existente. Tais, princípios são muitas vezes confundidos ou utilizados como sinônimos, entretanto, trata-se de institutos diferentes. Assim, apesar de não ser foco dessa pesquisa, faz-se interessante diferenciá-los e conceituá-los brevemente, não só como forma de curiosidade, mas também como meio de tornar claro o processo pelo qual será feita a resolução de conflitos entre princípios.

O princípio da razoabilidade tem conceito de fácil compreensão, uma vez que pelo próprio nome é possível abstrair sua possível função. Assim, pode-se entender que o princípio da razoabilidade determina o dever de interpretar e aplicar a lei conforme a

razão. Da mesma forma, esse conceito é muito bem definido por Raphael Madeira Abad, em sua dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Vitória:

A razoabilidade, como mencionado, é princípio que existe de forma implícita desde a antiguidade, exigindo-se que o cumprimento das leis fosse realizado conforme a razão. O termo razão, por sua vez possui intrincada significação filosófica, mas a sua análise, ainda que superficial, pode levar à compreensão do princípio da razoabilidade. Inicialmente o vernáculo advém do latim ratio, do verbo reor, e do grego logos, do verbo legein, que possuem o significado de juntar, reunir, e calcular, todos relativos a uma atividade intelectual oposta a quatro outras atitudes mentais, sejam elas: o conhecimento ilusório, ou a mera aparência, as emoções, paixões e outros sentimentos desordenados, a crença religiosa dogmática aceita sem qualquer espécie de contestação, e o êxtase místico inconsciente. (ABAD, 2007, p. 175)

Continua o autor:

A razoabilidade, portanto, denota adequação, lógica, equidade, aceitabilidade, moderação, regularidade, prudência, bom senso, todos imperativos que dela podem ser extraídos. (ABAD, 2007, p. 177)

O princípio da proporcionalidade, também acaba por apresentar quase a mesma função, tanto por isso, como falamos, é muitas vezes confundido ou utilizado de sinônimo para o princípio da razoabilidade. No entanto, a proporcionalidade é comumente dividida de forma objetiva em três desdobramentos:

[...] a proporcionalidade conduz à significação de equilíbrio proporcional, ou seja, relação entre duas grandezas. No entanto, a proporcionalidade foi recebida pelo direito alemão em uma acepção mais ampla, desdobrando-se classicamente em três subprincípios, sejam eles (i) a adequação ou idoneidade, (ii) a necessidade ou exigibilidade e, finalmente, (iii) a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação ou idoneidade significa o exame do meio sob comento pelo prisma de sua utilidade, ou seja, sua aptidão para gerar o efeito colimado. [...] A necessidade ou exigibilidade, por sua vez, é o subprincípio que exige que a medida sob exame seja necessária ou, em outras palavras, que não seja possível atingir o mesmo fim com meio menos gravoso. [...] Por fim, a doutrina também desdobra a proporcionalidade no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que vem a ser o exame da proporção entre o meio utilizado e o fim almejado. (ABAD, 2007, p. 177-178)

Assim, fica visível que ambos os princípios determinam a interpretação e aplicação da lei de forma adequada, suficiente e proporcional, de acordo com o contexto fático do caso concreto. Dessa forma, havendo colisão de direitos fundamentais deverá o juízo competente promover um sopesamento dos interesses envolvidos em cada respectivo direito, considerando o impacto da decisão, a adequação da medida tomada, a

necessidade da medida tomada e outros elementos fáticos e jurídicos que forem necessários a uma decisão razoável e proporcional.

Nesse contexto, percebe-se que a hierarquia de direitos fundamentais é inexistente em abstrato, ou seja, não há hierarquia entre essas normas enquanto elas se mantêm como um dever-ser, ou seja, como uma previsão legal. Entretanto, é de se dizer que tal hierarquização, na prática, é inevitável, haja visto que qualquer escolha de precedência que seja feita no caso concreto, caracterizará uma forma de hierarquização. Assim, afirma-se que na prática a hierarquia entre direitos fundamentais existirá, mas em abstrato será proibida, sob pena de violação da unidade constitucional e, conseqüentemente, de promover a baixa efetividade das normas constitucionais.

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos fundamentais somente é admissível em casos especialíssimos. (MENDES e BRANCO, 2018, p.238-239)

Trazendo tudo o que foi comentado nesse tópico para o problema da presente pesquisa, tem-se que fica visível a existência de um conflito entre dois princípios, haja visto que o direito à saúde, seja coletivo ou individual, apresenta característica de generalidade, de grau de satisfação e serve como fonte normativa para outras demais regras. Nesse sentido, a solução do conflito entre o direito fundamental à saúde coletivo e o direito fundamental à saúde individual, não deve ser resolvida em abstrato, ou seja, não deve haver precedência incondicional de um em relação ao outro, devendo tal colisão ser solucionada razoavelmente caso a caso. Para isso, iremos analisar no próximo tópico os institutos jurídicos da reserva do possível, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

#### 4.2 DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE X DIREITO COLETIVO À SAÚDE

Tendo ficado evidente então o conflito entre o direito fundamental à saúde individual e o direito fundamental à saúde coletiva, e seu respectivo modo de solução; partiremos

agora para analisa dos princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, a fim de determinar uma possível solução ao conflito e, conseqüentemente, uma resposta ao problema da presente pesquisa.

Tais princípios foram escolhidos tendo em vista que representam muito bem a natureza dos direitos em conflito, estando, a priori, o direito coletivo à saúde representado pelo princípio da reserva do possível e o direito individual à saúde individual pelos princípios do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, veremos ao decorrer do tópico que essa representação pode se confundir e apresentar áreas de intersecção.

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) é comumente conceituado de forma ampla e genérica, sem que seja determinado em específico quais bens jurídicos estão tutelados por ele. No entanto, tal amplitude de conceituação se dá justamente pelo incontável número de bens jurídicos que compõe a dignidade da pessoa humana, sendo necessário que tal abertura se mantenha como forma de garantir a máxima efetividade de tal princípio. Dessa forma, Oreonnilda de Souza e Lourival José de Oliveira, no artigo “O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial”, publicado na Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória, volume 18 número 2, conceituam o princípio da dignidade da pessoa humana:

A dignidade, então, seria um fator interno, inerente ao ser humano; cada indivíduo, ao nascer, já a possui. E como o homem está em constante evolução, se transforma e transforma a realidade em que vive, a dignidade também sofre variações. Por isso o conceito não pode ser limitado, sendo as observações a esse respeito trazidas na tentativa de compreender, em um determinado contexto histórico, seu significado e sua abrangência. (SOUZA e OLIVEIRA, 2017, p. 87)

Apesar desse conceito amplo, quando analisamos o princípio da dignidade da pessoa humana junto ao princípio do mínimo existencial, começa a ficar palpável quais os bens jurídicos tutelados pela dignidade da pessoa humana. Vejamos:

O mínimo existencial pressupõe a aplicabilidade de um rol mínimo de direitos garantidores da subsistência humana. O direito à vida somente poderá ser observado se garantido um patamar mínimo que permita a manutenção e continuidade da vida de uma maneira digna. (SOUZA e OLIVEIRA, 2017, p. 88-89)

Assim, entendendo que o mínimo existencial se refere justamente ao mínimo de direitos necessário para garantir a existência, ou melhor, a vida digna da pessoa humana, tem-se que é possível afirmar que o “princípio do mínimo existencial é a matriz do princípio da dignidade da pessoa humana” (SOUZA e OLIVEIRA, 2017, p. 89), haja visto que aquele contribuí diretamente e substancialmente para a observância deste.

Dessa forma, vislumbra-se no caso de análise da presente pesquisa, que existe intrínseca relação do fornecimento de medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita, com a garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, visto que tais medicamentos servem como mecanismo de tratamento e profilaxia de doenças, aumentando a expectativa e qualidade de vida e dando maior dignidade ao indivíduo. Analisando-se então pela ótica desse princípio, não haveria o que ser discutido, entretanto há de se fazer uma crítica orçamentária, que aqui já encontra base. Vejamos, o princípio do mínimo existencial, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, padece de grande subjetividade, ou seja, sua concretização varia de indivíduo para indivíduo, uma vez que o mínimo para uma pessoa não será também para outra. Assim, surge para o Estado a primeira complicação, qual seja o de estabelecer uma alocação de recursos que observe tal subjetividade; o que irá necessariamente acarretar maiores custos pela maior complexidade.

[...] é preciso reconhecer que as pessoas têm visões diferentes sobre os bens que entendem necessários, pois os bens são necessários para uma finalidade. [...] Com efeito, o papel do Estado é não apenas fornecer um mínimo, aquilo que qualquer pessoa tem direito a lhe exigir, mas também o de elaborar um difícil cálculo relativamente à distribuição dos bens, levando em conta, porém, que as pessoas têm diferentes visões sobre a própria distribuição. (STF, Fachin, 2019, RE 657718 MG)

Outra questão que pode ser levanta de “contraponto” a prevalência do mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana no direito individual à saúde, seria o fato de que tais princípios não são de aplicação exclusiva à faceta individual do direito à saúde, uma vez que da mesma forma que os medicamentos fornecidos individualmente contribuem para o aumento da expectativa e qualidade de vida dos indivíduos, os tratamentos básicos de fornecimento coletivo também. Assim, a simples

análise e encaixe dos princípios acima abordados, ao caso concreto, não são suficientes para determinar uma solução razoável para o problema da presente pesquisa.

Passamos então a analisar o princípio da reserva do possível. Esse princípio é comumente conceituado e utilizado de forma errônea por doutrinadores, mas principalmente pelo Estado como forma de “defesa”, determinando o princípio como apenas um limitador fático financeiro. Sobre isso, Oreonnilda de Souza e Lourival José de Oliveira, comentam em seu artigo já citado, que:

Não obstante isso, a teoria da reserva do possível tem sido invocada para exprimir insuficiência de recursos denotando a impossibilidade do cumprimento das prestações estatais no fornecimento de serviços públicos envoltos aos direitos sociais, tornando-se um perigoso instrumento limitador da eficácia dos direitos a partir da condicionante “recursos materiais” para o fornecimento das prestações de responsabilidade do Estado, estabelecendo certa adequação desses direitos ao orçamento disponível. Em síntese, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, incluindo-se o núcleo de direitos essenciais à vida humana, estaria condicionada a possibilidade financeira e a previsão orçamentária do Estado. (SOUZA e OLIVEIRA, 2017, p. 79-80)

Entretanto, tal conceituação não deve prevalecer, haja visto que como bem comentado anteriormente, incorre-se no risco de grande limitação da eficácia dos direitos fundamentais. Dessa forma, Ana Carolina Lopes Olsen, em sua dissertação de mestrado, apresentada à Universidade Federal do Paraná, afirma que:

[...] a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Todavia, não se trata de simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas. A questão não é tão simples. (OLSEN, 2006, p. 225)

Complementam ainda, Ingo Wolfgang Sarlet e Giovani Agostine Saavedra, no artigo “Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde”, publicado na Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória, volume 18 número 1:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos,



quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SAAVEDRA e SARLET, 2017, p. 262)

Assim, pode-se afirmar que a reserva do possível servirá como instrumento para determinar se há disposição fática de recursos, dotação orçamentária, possibilidade fática de realização (em relação a ciência e as leis da física) e desimpedimento jurídico, não sendo apenas um limitador financeiro. Nessa esteira, como forma de solidificar ainda mais o conceito de reserva do possível, faz-se interessante apresentar a dimensão tríplice do princípio desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet e Giovani Agostine Saavedra no artigo já citado:

[...] há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2015, apud SAAVEDRA e SARLET, 2017, p. 261)

Nesse sentido, a restrição do fornecimento de medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita encontraria guarida no princípio da reserva do possível, haja visto que, o não fornecimento contribuiria para o equilíbrio orçamentário e, conseqüente, para a efetividade de tantos outros direitos fundamentais. Entretanto, afirma-se que o princípio da reserva do possível, não pode de forma incondicional, impedir a concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que a dotação orçamentária, apesar de essencial, é apenas uma parte da equação, devendo outros fatores ainda serem observados, como o próprio mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, não pode o Estado se utilizar de tal princípio como forma de se esconder dos seus deveres constitucionais. Nessa mesma ideia Oreonnilda de Souza e Lourival José de Oliveira, afirmam em seu artigo já citado, que:

Embora os impactos orçamentários provenientes de uma decisão judicial não possam ser desconsiderados, na maioria das vezes, pela análise das decisões, verificou-se a falta de vontade política e a má gestão pública na melhoria dos serviços de saúde públicos e não na ausência e/ou escassez

de recursos. Não nos parece justo que a Administração Pública não forneça serviços de saúde à população e se “esconda” no manto protetivo da “escassez”, uma vez que não administra corretamente e, muito menos, satisfatoriamente o dinheiro público. (SOUZA e OLIVEIRA, 2017, p. 93)

Importante reforçar que, não se afirma aqui que todo o planejamento e execução orçamentária devam ser rechaçados para a promoção incondicional dos direitos fundamentais, mas sim que deve haver uma balança entre orçamento e direitos, já que, como vimos, um orçamento descontrolado só consolidaria o fracasso da concretização de todos os direitos.

Assim, observando tudo aquilo que foi falado no tópico e trazendo para o caso da presente pesquisa, é possível determinar que há um equilíbrio entre os princípios conflitantes, visto que todos são, na verdade, aplicáveis em ambos os direitos (coletivo e individual). No entanto, subsiste uma pequena diferença, que determinará uma solução proporcional e razoável, qual seja a necessidade de imediatividade de concretização do direito. Vejamos, o indivíduo que demanda tal tipo de medicamento, não dispõe de tempo suficiente e com espera agradável, para suportar o processo legislativo de alteração orçamentária, assim, apesar de o melhor caminho ser pela via da alteração ou suplementação orçamentária com autorização legislativa, tem-se que não há tempo, tendo em vista a urgência no fornecimento desses medicamentos. Nesse sentido, afirma-se que o direito individual à saúde se encontra mais ameaçado, sendo necessário então tomar as medidas para evitar possíveis danos a esse bem jurídico, mesmo que isso signifique um prejuízo a assistência sanitária coletiva. Importante salientar que tais medidas a serem tomadas, devem ser realizadas da forma mais eficiente possível pelo administrador público, devendo esse se utilizar de todas as ferramentas possíveis, como a aquisição de bens e serviços em grande escala para diminuição de custos, a fim de minorar os danos à saúde coletiva.

Outra questão que também deve ser pontuada, é a de que se deve observar requisitos mínimos para o fornecimento desses medicamentos, a fim de não reduzir o Estado a um mero financiador. Nessa ideia, foram propostos alguns requisitos pelo Ministro Alexandre de Moraes no Recurso Especial 566471 RN, vejamos:

(a) comprovação de hipossuficiência financeira; (b) laudo médico comprovando a necessidade do medicamento; (c) certificação, pela

Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia, segurança e efetividade do medicamento. (STF, 2020, Moraes, RE 566471 RN)

Além desses, o Ministro Luís Roberto Barroso, no mesmo recurso, também propôs:

(i) a incapacidade financeira; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. (STF, 2020, Barroso, RE 566471 RN)

Assim, podemos resumir os principais critérios em cinco: (I) comprovação da hipossuficiência financeira, ou seja, comprovação da incapacidade do indivíduo de adquirir os medicamentos a próprio custo, (II) comprovação da necessidade daquele medicamento para tratamento da enfermidade do indivíduo, (III) comprovação da inexistência de medicamento substituto incorporado em lista de dispensação gratuita, (IV) comprovação da eficácia e segurança do medicamento e (V) comprovação que a falta de previsão em lista de dispensação gratuita, não tenha sido ocasionada por expressa determinação contrária de órgão competente.

Sobre esses critérios é possível perceber certa lógica óbvia de aplicação, no entanto, faz-se interessante tecer alguns comentários sobre eles, a fim de melhor delimitá-los e interpretá-los.

Vejamos, a hipossuficiência financeira, não deve aqui ser adotada como um critério objetivo, ou seja, como um valor exato de renda familiar que comprovaria a capacidade de aquisição do medicamento pelo próprio indivíduo. Tal entendimento se deve pelo fato de que estamos tratando de medicamentos de alto custo, o que significa que sua aquisição pode ser financeiramente inviável mesmo para cidadãos que tenham renda familiar elevada, haja visto que esses medicamentos podem chegar à casa das centenas de milhares de reais. Dessa forma, a hipossuficiência financeira deve ser analisada em uma relação de renda familiar e custo efetivo do medicamento, a fim de identificar se existe viabilidade financeira de aquisição, sem

comprometimento do sustento familiar em outras áreas. Existindo essa possibilidade, é certo pensar que aqueles cidadãos que tenham recursos financeiros suficientes para adquirir os medicamentos, assim façam, poupando recursos do Estado e conseqüentemente da atenção básica de saúde.

Os critérios da efetiva necessidade e da comprovação de inexistência de medicamento substituto, apesar de terem suas peculiaridades abarcam certa relação. Vejamos, parece óbvio pensar que um indivíduo que possua determinada enfermidade, que é tratada pelo medicamento demandado, não terá dificuldade em comprovar a efetiva necessidade do mesmo, entretanto, é interessante aqui trazer uma reflexão sobre a responsabilidade do direito à saúde. Sobre isso, podemos comentar que o direito à saúde é dever do Estado, mas também é responsabilidade do indivíduo, ou seja, não pode o cidadão se esconder atrás do dever estatal, sem que ele mesmo atue na proteção de sua própria saúde. Para melhor compreensão desse comentário, podemos citar o exemplo do indivíduo que deliberadamente ganha peso para ser considerado tecnicamente obeso e ter acesso gratuito a cirurgia de redução de estômago. Certamente que este exemplo não se trata do fornecimento de medicamentos de alto custo, mas pode muito bem, de forma análoga, ser aplicado ao presente comentário. Assim, o cidadão deve compreender que cabe a ele também desenvolver atividades de prevenção de enfermidades, a fim de evitar o desgaste orçamentário do Estado e, conseqüentemente, o prejuízo da assistência básica de saúde; não devendo o Estado fornecer medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita, quando há possibilidade de tratamento diverso, sem a inclusão desses medicamentos.

Ainda nos requisitos de necessidade e falta de substitutos, temos que não há sentido, em um contexto orçamentário apertado, fornecer medicamento mais custoso se existem outros mais baratos, já fornecidos corriqueiramente de forma gratuita, e que tratam a doença da mesma forma. Entretanto, sobre isso pode recair problema que tem base suficiente para gerar uma pesquisa autônoma, qual seja a liberdade do médico em prescrever o medicamento que entende por ser mais adequado ao paciente, conduzindo então a um embate entre a decisão das comissões de incorporação e a decisão do médico do indivíduo demandante. Sem querer ser precipitado, entendendo a complexidade do tema e a necessidade de maiores

aprofundamentos teóricos, vejo que nesses casos, a priori, deva prevalecer a decisão das comissões, haja visto que são compostas de profissionais capacitados, podendo-se afirmar que o medicamento de menor custo, já incorporado, também irá servir à sua função.

Quanto à necessidade de comprovação de eficácia e segurança do medicamento, tem-se que é sensato pensar que fornecer um medicamento sem eficácia e segurança comprovada, não serviria a seu propósito de proteção do direito individual à saúde, podendo até significar o contrário, ou seja, podendo até prejudicar ainda mais a saúde do indivíduo demandante. Certamente, que sobre esse quesito podem recair controvérsias, podendo esse medicamento ser tido como seguro e eficaz em muitos países, mas proibido no Brasil pela Anvisa ou outro órgão competente, fazendo-se pensar sobre a possibilidade de fornecimento pelo Estado sem a regulação sanitária por órgão nacional. Entretanto, não cabe a essa pesquisa se debruçar sobre essa questão, afirmando-se então, que a posição aqui adotada será a de observância das decisões dos órgãos nacionais competentes para determinação da segurança e eficácia do medicamento.

Por fim, quanto a comprovação de inexistência de determinação contrária de inclusão do medicamento em lista de dispensação gratuita por órgão competente, tem-se que é necessário respeitar as decisões dos órgãos incorporadores, haja visto que seus membros dispõem de conhecimento específico e suficiente para autorizar ou negar uma inclusão, não sendo papel do judiciário contrariar tal decisão. Entretanto, entendo como possível a realização de pedido para a revisão da decisão do órgão, haja visto a fluidez da ciência e a possibilidade de grandes e rápidas mudanças nos critérios para inclusão do medicamento em lista de dispensação gratuita. Assim, a fim de não promover um engessamento completo na possibilidade de fornecimento dos medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita, seria necessário que a decisão de não inclusão na lista de dispensação gratuita tenha se dado em data recente, pois caso contrário entendo pela possibilidade de fornecimento do medicamento, mesmo que recusado sua integração em algum momento.

Conclui-se então pelo fornecimento de medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita, pelo Estado, nos termos desses requisitos.

## CONCLUSÃO

Vimos então que o direito à saúde apresenta algumas características específicas que fazem com que o fornecimento de medicamentos integre o núcleo de tal direito, sendo essas características a universalidade, a integralidade e, por esses dois, a intersecção normativa.

Nessa esteira, seria certo afirmar pelo fornecimento de medicamentos de forma gratuita pelo Estado, no entanto, o presente problema de pesquisa, com o quesito não pertencimento a lista de dispensação gratuita, nos trouxe o problema dos custos dos direitos e da escassez natural de recursos.

Sobre esse assunto, vimos que nenhum direito pode ser tido como negativo, ou seja, que não implica custos, sempre havendo direta ou indiretamente a necessidade de dispêndio de recursos financeiros. Dessa forma, juntamente com a realidade da escassez natural de recursos, concluiu-se que é indispensável que o administrador público realize uma alocação de verbas, a fim de ser possível observar todos os direitos que o ordenamento jurídico protege.

Tal alocação seria de competência do Poder Executivo, tendo em vista que, a priori, é este o poder que dispõe de “mão de obra” qualificada para realizar corretamente uma distribuição de recursos. Nesse contexto, aparece a dúvida sobre a possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas, haja visto que eventual fornecimento de medicamentos de alto custo, fora de listas de dispensação, será realizada por meio judicial com intervenção nas já esquematizadas políticas públicas sanitárias.

Sobre isso, vimos que atividade jurisdicional não padece de qualquer legitimidade, sendo na verdade função do Poder Judiciário intervir em políticas públicas quando essas não promovem aquilo que está previsto na constituição, haja visto que tal Poder tem como um de seus deveres a proteção da constituição, não ensejando então violação da autonomia dos poderes esse tipo de intervenção.

Posteriormente, passamos a analisar o efetivo custo aos cofres públicos da demanda da presente pesquisa, e vimos que, de fato, o montante necessário para suprir essa

demanda era vultoso. Ademais, identificamos também, que tais recursos necessário atendiam a uma pequena parcela de indivíduos, ressaltando o caráter custoso dos medicamentos demandados, além de, é claro, ressaltar uma desproporcionalidade de eventual disposição de recursos a ser executada por cidadão.

Nesse sentido, fazia-se necessário analisar os ditames legais relativos ao orçamento, e identificar, as possibilidades de adequação do mesmo a essa demanda.

Sobre isso, vimos que o orçamento padece de flexibilidade, sendo poucas e difíceis as possibilidades de alteração, necessitando, para isso, de autorização legislativa. Dessa forma, o administrador público estaria limitado a dispor e alocar discricionariamente, o orçamento relativo à saúde, podendo ele retirar verbas de setores sanitários coletivos, para atendimento de setores individuais.

Nesse contexto, identificamos uma evidente colisão de direitos, qual seja a do direito coletivo à saúde com o direito individual à saúde, haja visto que um remanejamento interno do orçamento da saúde, para atender as demandas desses medicamentos, significaria, necessariamente, privilegiar o direito individual à saúde em detrimento do direito coletivo à saúde. Dessa forma, fez-se necessário entender sobre a colisão de direitos fundamentais e identificar uma possível solução ao conflito.

Nessa esfera, vimos que os direitos fundamentais podem ser caracterizados como princípios e que, portanto, não apresentam hierarquia em abstrato entre eles, ou seja, fora de um contexto fático nenhum direito fundamental será precedente a outro. Dessa forma, identificamos que a precedência entre direitos fundamentais seria somente possível quando condicionada a determinado contexto, sendo necessário realizar o sopesamento de tais direitos por meio dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que como vimos analisariam o impacto da decisão de prevalência, a adequação da medida tomada e a necessidade da medida tomada. Equipados então com a solução, partimos para o desenrolar da efetiva colisão entre o direito individual à saúde e o direito coletivo à saúde.

Nesse tópico, analisamos a influência dos princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, e identificamos que todos

esses, de alguma forma, davam guarida a ambos os direitos, sendo necessário achar outra questão que promoveria a solução do conflito. Sobre isso, vimos que o direito individual à saúde se encontra mais ameaçado, tendo em vista a urgência no fornecimento do medicamento, pela falta de tempo suficiente e de espera agradável do demandante. Entretanto, apesar da evidente conclusão, entendemos como necessário a determinação de requisitos mínimos, como forma de evitar a redução do Estado a um mero financiador da saúde, sendo eles: (I) comprovação da hipossuficiência financeira, (II) comprovação da necessidade do medicamento, (III) comprovação da inexistência de medicamento substituto, (IV) comprovação da eficácia e segurança do medicamento e (V) comprovação que a falta de previsão em lista de dispensação gratuita, não tenha sido ocasionada por expressa determinação contrária de órgão competente, em período recente.

Diante de todos esses pontos, conclui-se que: o orçamento deve caminhar conjuntamente com os direitos fundamentais, uma vez que ele não pode ser utilizado como mera barreira financeira para máxima eficácia desses direitos. Entretanto, ressalta-se que ignorar o orçamento é condenar os direitos fundamentais a simples previsão normativa, já que esses exigem necessariamente para sua concretização dispêndio de recursos, fazendo com que um orçamento mal estruturado e mal executado, e que não preze pela razoabilidade dos gastos, desmorne juntamente com a eficácia dos direitos fundamentais. Dessa forma, é essencial que o Poder Executivo e o Poder Legislativo atuem conjuntamente na construção e execução do orçamento, tentando nele, na medida do possível, abarcar o máximo de ações que irão contribuir para a concretização dos direitos fundamentais. Assim, entende-se como preferencial que o legislador já preveja dotação orçamentária suficiente para suprir a demanda de medicamentos de alto custo fora de listas de dispensação gratuita, mas que, caso não seja possível, é legítimo a interferência judicial para realizar a hierarquização prática dos direitos fundamentais, de forma a afirmar a prevalência do direito individual à saúde sobre o direito coletivo à saúde, e, portanto, determinar o fornecimento de medicamentos de alto custo, fora de listas de dispensação gratuita, pelo Estado, observando os requisitos da (I) hipossuficiência financeira, (II) necessidade do medicamento, (III) inexistência de medicamento substituto, (IV) eficácia e segurança do medicamento e (V) falta de determinação contrária de órgão competente, em período recente.



## REFERÊNCIAS

ABAD, Raphael M.. **A eficácia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na perspectiva dos direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2007.

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

AMARAL, Gustavo. **Direito escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portal da Transparência**. Disponível em: < <http://www.portaltransparencia.gov.br/> >. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 200**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm) >. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm) >. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Política Nacional de Medicamentos. Disponível em: < [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html#:~:text=Aprovada%20pela%20Comiss%C3%A3o%20Intergestores%20e,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0queles%20considerados%20essenciais%22](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html#:~:text=Aprovada%20pela%20Comiss%C3%A3o%20Intergestores%20e,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0queles%20considerados%20essenciais%22) >. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 657718/MG**. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Disponível em: <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026> >. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 566471/RN**. Saúde - assistência - medicamentos de alto custo - fornecimento. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/C90259921B9F18\\_Alexandre.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/C90259921B9F18_Alexandre.pdf) >. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 566471/RN**. Saúde - assistência - medicamentos de alto custo - fornecimento. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/EDEA52F7B6DF70\\_Barroso.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/EDEA52F7B6DF70_Barroso.pdf) >. Acesso em: 20 mar. 2022.

D'AGOSTINO, Rosanne; RODRIGUES, Mateus. STF julga se governo é obrigado a fornecer remédios caros a quem não pode pagar. **G1**, 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/11/stf-julga-se-governo-e-obrigado-a-fornecer-remedios-caros-a-quem-nao-pode-pagar.ghtml> >. Acesso em: 5 abr. 2022.

FREIRE, Américo B. J.. **O controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2004.

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

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Orçamento temático de acesso a medicamentos 2019**. Brasília, 2020. Disponível em: < <https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2020/12/OTMED-2020.pdf> >. Acesso em: 5 abr. 2022.

MACHADO, Alexandre; CRUZ, César A. M.. **Reflexões sobre a saúde enquanto legítima expectativa e direito do cidadão, prioridades e dever do estado**. Revista Textos e Contextos. Porto Alegre, volume 17, número 1, páginas 228-239, Janeiro-Julho, 2018.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos**. Revista Jurídica "9 de Julho". São Paulo, volume 2, p. 224-246, 2003.

MARCÍLIO, Carlos F. V.. **O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, volume 66, páginas 155-169, Janeiro-Março, 2009.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G.. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLSEN, Ana C. L.. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

REVORIO, Francis J. D.. **El coste económico de los derechos, su interpretación y garantía**. 1 ed. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2020.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo W.; SAAVEDRA, Giovani A.. **Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, volume 18, número 1, páginas 257-282, Janeiro-Abril, 2017.

SILVA, José A.. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUZA, Oreonnilda; OLIVEIRA, Lourival J.. **O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, volume 18, número 2, páginas 77-110, Maio-Agosto, 2017.

TRISOTTO, Fernanda. Em um ano, medicamentos de alto custo consomem R\$ 1,4 bilhão do orçamento. **Gazeta do Povo**, 2019. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/em-um-ano-medicamentos-de-alto-custo-consomem-r-14-bilhao-do-orcamento/> >. Acesso em: 5 abr. 2022.