

**O DIREITO À SAÚDE E SEUS DESDOBRAMENTOS
NA TEORIA E PRÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS:
UMA TENTATIVA DE IDENTIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS
PARA A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS
ATRAVÉS DE DECISÃO JUDICIAL**

**THE HEALTH RIGHT AND ITS DEVELOPMENT IN
THEORY AND PRACTICE OF SOCIAL RIGHTS:
AN ATTEMPT TO IDENTIFY CRITERIA FOR THE
GRANTING OF REMEDIES BY JUDICIAL DECISION**

José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins¹

RESUMO: Revisando os conceitos basilares de direitos sociais e as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, são identificados três critérios objetivos para a concessão de medicamentos judicialmente: necessidade de prescrição médica, hipossuficiência econômica do solicitante e impossibilidade de pleito de medicamentos específicos se existem similares postos à disposição.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; mínimo existencial; critérios objetivos; medicamentos.

ABSTRACT: *Reviewing the basic concepts of social rights and the theories of existential minimum and possible reservation, three objective criteria for judicially granting remedies are identified: prescription, economic impossibility of the applicant and the impossibility of requesting specific remedies if there are similar available.*

KEYWORDS: *Social rights; existential minimum; objective criteria; medicines.*

¹ Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Aluno da pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS

A disciplina constitucional dos direitos sociais evidencia uma preocupação do poder constituinte originário e derivado² com a criação de um Estado Social e Democrático de Direito, reconhecendo a obrigação estatal de tutelar não somente interesses individuais, mas de toda uma coletividade carente de implementação de políticas públicas essenciais. Trata-se de ratificação de que a Constituição Federal é também instrumento de disciplina da atuação do Estado brasileiro, afastando-se do tradicional conceito de que existe unicamente para conter e reger a desproporcional força estatal perante os cidadãos.

Apesar de os direitos sociais se classificarem como direitos humanos de segunda geração (ou dimensão)³, é certo que o reconhecimento de que se tratam de obrigatórias prestações positivas pelo Estado só se deu recentemente. Como marco inicial, temos a impulsão dada pela Revolução Industrial europeia no século XIX, a qual transformou profundamente o processo produtivo, substituindo gradativamente a mão de obra humana pela automatização das máquinas. Estas transformações tanto se deram em um nível econômico, em que era possível a maior produção no menor tempo e com a melhor técnica, como no nível social, modificando as estruturas sociais tanto no tocante ao *posicionamento hierárquico*⁴ das classes sociais quanto nas relações existentes e que se sucederam.

Com enfoque neste último aspecto, é certo que a inesperada e brusca modificação da relação entre as camadas sociais não teve acompanhamento breve da legislação, pois é cediço que os relacionamentos intersubjetivos possuem um caráter demasiado dinâmico para que a ciência jurídica, do *dever ser*, os acompanhe ou consiga prever o caminho que será percorrido futuramente. Neste cenário de embate, em que as camadas sociais mais altas exigem o lucro e a produtividade e as camadas sociais mais baixas exigem melhores condições de vida (sobretudo de trabalho), é que movimentos como o Ludista, o Cartista, a Comuna de Paris e o sindicalismo encontram sua sopa primordial.

A sociedade e principalmente o Estado, todavia, não poderiam fechar os olhos para tamanhas mudanças nas estruturas sociais. Por isso mesmo que, aos poucos e com muita luta, foram editadas normas jurídicas, declarações e estudos que abarcavam a perspectiva de um Estado Social de Direito⁵. Dentre as normas jurídicas históricas, pode-se mencionar a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e Constituição brasileira de 1934. Quanto às declarações, temos a Encíclica católica *Rerum Novarum*, as recomendações e a própria formação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919. Por fim, quanto a estudos, é fundamental fazer referência ao *Manifesto Comunista* de Karl Marx e Engels, as obras de Ferdinand Lassalle e a *Riqueza das Nações* de Adam Smith.

Como dito alhures, tais conquistas só foram possíveis a partir de uma evolução do conceito de direitos fundamentais, buscando um suporte além das liberdades subjetivas em sua dimensão negativa, isto é, emancipando-se da ideia de que a Constituição existe somente para limitar o

² Decidimos incluir também o poder constituinte derivado por causa das emendas constitucionais nº 26 e 64 que adicionaram ao *caput* do artigo 6º da Constituição Federal os direitos à moradia e à alimentação, respectivamente.

³ Correspondentes aos direitos de igualdade, um dos ideais da Revolução Francesa de 1789.

⁴ A expressão aqui deve ser compreendida dentro de uma pirâmide, em que aqueles que detêm o poder ficam acima dos que não o detêm. Não deve ser lida, pois, como uma relação de subordinação.

⁵ NASCIMENTO, 2009. p. 3-56.

poder Estatal. Passou-se a compreender que ao Estado incumbe não só a respeitar restrições constitucionais, como também a adotar medidas que resultem em prestações para a realização de direitos. Neste sentido:

No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, *intervir* significava agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: *intervir*, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente⁶.

Por tal razão é correto dizer que o Estado tem que propiciar, numa dimensão positiva, a efetivação da igualdade entre os indivíduos em um sentido que transcenda uma concepção formal. A isonomia de tratamento, sem sombra de dúvidas, deve existir na redação – ainda que dependa de um exercício hermenêutico – da norma jurídica. Contudo, é indissociável a ideia de que também deve existir igualdade em um sentido material para que, ainda que seja adotado um *discrimen* em determinada situação⁷, este fator sirva para reequilibrar aqueles que originariamente se encontram em posição de desigualdade. É, pois, a adoção da máxima da lição de Aristóteles – posteriormente encampada por Rui Barbosa na obra *Oração aos Moços* – de *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades*.

2 O DIREITO À SAÚDE, A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Dentre os direitos que o Estado está obrigado a efetivar mediante políticas públicas encontra-se o direito à saúde, citado no *caput* do artigo 6º como um direito social. Sua previsão, entretanto, não se limita a este dispositivo. Dentro do Título VIII *Da Ordem Social*, há a Seção II do Capítulo II, que traz as diretrizes essenciais para a tutela da saúde.

Verifica-se, pois, que nos termos do artigo 197 da Constituição Federal, é de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Algumas considerações acerca deste artigo devem ser feitas.

Ainda que transpareça uma obrigação de todos de executar as políticas relativas à saúde, é preciso atentar-se que ela ainda continua sendo do Estado, podendo este somente por meio de delegação (e não outorga, pois não há transferência de titularidade) legal permitir que outros assim procedam. Portanto, não há como defender que por motivos alheios, supostamente inimputáveis ao Estado, a efetivação deste direito não pode ser realizada. Ao contrário: sendo um dever estatal, este deve se responsabilizar pela sua prestação, mesmo que realizada por terceiros.

Assim, o Poder Público tem o dever de reservar valores suficientes para suprir os gastos com a saúde no momento da elaboração de sua proposta orçamentária. Valores estes frutos de

⁶ SILVA, 2010. p. 77.

⁷ Importante lembrar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu livro *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, que desenvolve os seguintes critérios para identificação de (des)respeito à isonomia: análise do elemento tomado como fator de desigualação, a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

arrecadação tributária massiva que notoriamente, independente da conjuntura econômica, cresce a cada dia. É por essa razão que consideramos descabida qualquer alegação no sentido de que o Poder Público dispõe de recursos escassos. A verdade é que a má distribuição, a corrupção e a gestão deficitária de recursos públicos – incluindo aqui as despesas em atividades desnecessárias e servidores com funções que desafiam a moralidade administrativa, ambos merecedores de um *enxugamento* da máquina estatal – causam entraves desarrazoados na persecução do interesse público primário.

Neste argumento, rebatido acima, é que tentam incorporar a teoria do Tribunal Constitucional alemão de 1972 da reserva do possível⁸, a qual defende que para a efetivação dos direitos sociais deve haver por parte do Estado uma possibilidade fática e jurídica, uma razoabilidade da exigência e uma proporcionalidade da prestação. Traduz a possibilidade fática na disponibilidade de recursos para a prestação necessária. A possibilidade jurídica, por sua vez, deve ser entendida como a existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas advindas desta prestação e a competência do ente para tanto. Já a razoabilidade da exigência e a proporcionalidade da prestação devem ser entendidas conjuntamente, pois transfere ao Estado o ônus de provar objetivamente que por motivos justos não pode implementar referido direito social. Deve, pois, apresentar o orçamento, os recursos, as despesas e o comprometimento com demais políticas públicas que o impeçam de efetivar aquela requerida especificamente.

A impossibilidade fática é desde logo afastada porque claramente existem recursos disponíveis para a implementação de políticas públicas, faltando para o Poder Público maior capacidade de gerência, como já dito alhures. Impossibilidade jurídica, por sua vez, não nos parece um impedimento defensável, haja vista que o orçamento existe não apenas para trazer transparência aos gastos públicos, mas também para servir ao interesse público. Isto quer dizer que os recursos e despesas recebem (ou devem receber) determinada vinculação desde que realmente satisfaçam as obrigações assumidas constitucionalmente pelo Estado. A razoabilidade, por fim, é verificável a partir dos requisitos objetivos que serão apresentados logo adiante.

E com maestria Eros Grau ratifica nosso posicionamento:

Assim, ao princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, quando em confronto com o princípio da legalidade da despesa pública, há de ser atribuído peso maior – e isso há de ocorrer sistematicamente, quando esse confronto se estabeleça (não visualizo situação nenhuma em que o inverso pudesse vir a ocorrer) – do que o revestido por este último. O acatamento ao princípio da legalidade da despesa pública mediante o sacrifício da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário resultaria inteiramente insustentável⁹.

⁸ No caso que ficou conhecido como *Numerus Clausus* (trazida na coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal BverfGE nº 33, S. 333), a Corte analisou a inadmissão de estudantes em escolas de medicina de Hamburgo e Munique por conta da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. Em sua decisão, o Tribunal Constitucional entendeu que o direito ao aumento do número de vagas na universidade encontra-se sujeito à reserva do possível.

⁹ GRAU, Eros. Despesa Pública – Princípio da Legalidade – Decisão Judicial. *Boletim de Direito Administrativo*, fevereiro, 1994, p. 101-102. *apud* SALAZAR, 2009, p. 93.

Esta tese da reserva do possível, apesar da nossa posição contrária já externada acima, foi adotada pelo ministro Celso de Mello quando do julgamento de medida cautelar em ADPF nº 45:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível” ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Afora essa discussão, o que se vê atualmente é que muitos magistrados têm deferido, até liminarmente, pedidos de concessão de remédios pelo Poder Público¹⁰. É possível, ademais, notar essa tendência também no STF¹¹. Contudo, o que se nota é uma disparidade dos julgadores na apreciação da situação posta. Divergem na verificação do caso concreto qual deles se pode considerar imprescindível à devida tutela estatal. Além disso, também é evidente uma perplexidade quanto a requisitos claros de ordem objetiva, isto é, de critérios que devem ser aferidos pelo magistrado no momento da tomada de decisão.

Quanto aos casos em que é indispensável que o Poder Público atue positivamente para a implementação de uma política pública, a doutrina costuma reservar espaço somente para aqueles que dizem respeito ao mínimo existencial. Outro conceito calcado pelo direito alemão, o princípio do mínimo existencial é a tradução daqueles direitos e garantias mínimas para a sobrevivência digna de um indivíduo. Neste diapasão, a doutrina do mínimo existencial tem como pilares a dignidade da pessoa humana, os direitos referentes à liberdade e a existência de um Estado Social.

¹⁰ Em uma simples busca no sítio eletrônico do TJ-SP, encontramos como exemplo as Apelações nº 0005420-41.2011.8.26.0053, nº 0000750-84.2009.8.26.0196, nº 0025759-55.2010.8.26.0053 e nº 0017266-55.2010.8.26.0032. No sítio eletrônico do TJ-RS, as Apelações Cíveis nº 70047466891 e nº 70047512488 e o Agravo Interno nº 70048590939.

¹¹ RE 668724 AgR, ARE 650359 AgR, RE 586995 AgR, entre outros. A propósito, interessante colacionar aqui o seguinte excerto, que bem explicita a recorrente justificação do STF para a concessão de medicamentos: “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.” (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, Plenário, DJ de 24-11-2000.) No mesmo sentido: STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010.

Embora exista certo consenso na sua fundamentação, seu conteúdo é de difícil definição. Ana Paula de Barcellos defende que o mínimo existencial é composto por um rol taxativo: pelo direito à educação fundamental, à saúde básica, à assistência aos desamparados e à justiça¹². Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, possui pensamento mais amplo, considerando que os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana, pois esta é fundamento de todos os outros direitos e, ao mesmo tempo, admite a ponderação perante outros princípios, salvo quando se tratarem daqueles concernentes ao mínimo existencial, pois possuem caráter absoluto¹³. Ricardo Lobo Torres compreende o mínimo existencial como um conjunto de direitos mutáveis conforme a época, ou seja, os direitos consagrados pelo mínimo existencial dependem da carga axiológica absorvida socialmente no momento da análise fática¹⁴.

Em que pese a opinião dos demais doutrinadores, acreditamos na prevalência do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, pois embora não defina exatamente quais direitos estão contidos no mínimo existencial – e com razão, como discutiremos a seguir –, a própria expressão *mínimo* denota a ideia de piso inviolável, de impossível ultrapassagem. Ora, por uma razão lógica, se o mínimo pode ser diminuído, então os direitos que eram considerados mínimos não o são; mas, na verdade, aqueles restantes da subtração.

A ausência de rol taxativo de direitos contidos no princípio do mínimo existencial tem, em nossa opinião, uma razão bastante simples. Qualquer tentativa de delimitação causaria um engessamento que obstaría uma análise fática mais profunda. Explicamos a partir dos direitos considerados como contidos no mínimo existencial por Ana Paula de Barcellos. Imagine que em uma dada situação extrema estamos diante de um conflito que diz respeito à alimentação e, na ausência de sua implementação, ocorreria a morte por inanição dos indivíduos que seriam beneficiários dela. Pela verificação do rol apresentado, alimentação não é um direito social pertencente ao mínimo existencial e, desse modo, sujeito à ponderação.

Claro que nosso argumento pode suscitar duas réplicas: a primeira, que o direito à alimentação está contido no direito à assistência aos desamparados, e a segunda, que a ponderação, se seguirmos a doutrina de Robert Alexy¹⁵, não admite a eliminação absoluta de um princípio, isto é, todos os princípios sopesados devem ser aplicados na maior medida possível. Por isso, ainda que o direito social à alimentação seja ponderado, não ocorreria sua eliminação total.

A primeira crítica, a nosso ver, não tem como prevalecer, pois se assim fosse, descabido que a Constituição Federal, no *caput* de seu artigo 6º, considere como distinto o direito à assistência aos desamparados dos demais. Assistência aos desamparados parece ser mais bem traduzida como o auxílio àquele que se encontra em situação calamitosa em razão de acontecimento extraordinário, caótico e de emergência, independentemente de contribuição à seguridade social. É, por exemplo, o caso das vítimas de enchentes, desastres, ações criminosas que extrapolam a normalidade etc.

A segunda crítica, embora à primeira vista pareça bastante consistente, não se sustenta pelo simples motivo de que não se está lidando com quaisquer direitos fundamentais em sua

¹² BARCELLOS, 2002. p. 258.

¹³ SARLET, 2001.

¹⁴ TORRES, 1989, p. 29-49.

¹⁵ ALEXY, 2008.

totalidade, mas com aqueles que já compõem um núcleo essencial inviolável mínimo. Em outras palavras, se é possível falar em ponderação, esta já foi realizada *a priori*, eliminando daquele(s) direito(s) social(is) o máximo de seu conteúdo que não comporia sua essência, restando somente o mínimo necessário para que subsista. Dessa forma, já estamos diante de um resultado de ponderação, insuscetível de nova submissão a este procedimento. Não há como ponderar o que já é o mínimo e obrigatório para a mais singela concretização da dignidade da pessoa humana.

Feita esta análise, podemos partir para a segunda causa de perplexidade na doutrina e jurisprudência brasileira: a ausência de critérios objetivos para a concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário. Desde logo, é preciso esclarecer que é possível reconhecer a repetição de alguns critérios nas diversas decisões judiciais¹⁶ e estudos¹⁷ sobre o assunto. Ainda assim, não se apresentam de forma nítida e coerente o bastante para se afirmar com certeza quais critérios devem estar presentes, além de não serem uníssonos acerca de seu conteúdo.

3 Critérios objetivos para a concessão de medicamentos

A partir de todo o trabalho doutrinário, bem como do arcabouço jurisprudencial nacional, reconhecemos a existência de três critérios objetivos que se mostram imprescindíveis, isto é, que consideramos de verificação obrigatória pelo magistrado quando da apreciação a favor ou contrária à concessão de medicamentos ao solicitante. São eles: a necessidade de prescrição médica, a hipossuficiência econômica do solicitante, a impossibilidade de pleito de medicamentos específicos se existem similares postos à disposição do requerente. Vejamos cada um deles.

3.1 Necessidade de prescrição médica

O critério se justifica por diversos ângulos. O primeiro é a demonstração efetiva de que o indivíduo precisa daquele medicamento, ou seja, de que este se mostra como o tratamento ideal para a enfermidade contraída. Afinal, o profissional de saúde, em razão de sua profissão, possui a presunção de que se mostra plenamente apto a identificar a doença através dos sintomas apresentados pelo paciente e indicar o tratamento adequado.

A segunda justificativa a favor da necessidade de prescrição médica advém da exigência do artigo 28, II do Decreto nº 7.508/11 que regulamenta a lei nº 8.080/90, *verbis*:

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

[...]

II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;

Note que quando o dispositivo diz que o profissional de saúde deve estar no exercício regular de suas funções no Sistema Único de Saúde (SUS), deve-se levar em conta que este

¹⁶ Das decisões das notas de rodapé 7 e 8 *supra*, nota-se na maioria dos casos a repetição dos critérios da necessidade de prescrição médica e hipossuficiência econômica, fundadas no dever inafastável do Poder Público de efetivar o direito social à saúde.

¹⁷ A título exemplificativo: SARLET, 1988; TORRES, 2001, p. 388-391.

sistema é composto não só por membros da administração pública, mas também pela iniciativa privada de forma complementar¹⁸. Por isso, médicos particulares estão incluídos na exigência desta norma do regulamento.

No caso específico do Estado de São Paulo, há a Resolução nº 126 da Secretaria de Saúde, que define os requisitos básicos da prescrição médica:

Artigo 1º - Os profissionais responsáveis pela prescrição de fármacos, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS/SP), ficam obrigados a utilizar a nomenclatura genérica das substâncias e/ou princípios ativos que compõe os referidos medicamentos.

Parágrafo Único - Para fins de cumprimento do disposto neste artigo deverão ser adotadas denominações contidas nas publicações periodicamente editadas pelo Ministério da Saúde, nominadas Denominação Comum Brasileira (DBC), ou na sua falta na Denominação Comum Internacional (DCI).

Artigo 2º - É obrigatória a utilização das denominações genéricas (Denominação Comum Brasileira (DCB) em todas as prescrições de profissionais autorizados nos serviços públicos, conveniados e contratados no âmbito do SUS/SP.

Artigo 3º - As prescrições de medicamentos, no receituário profissional, deverão ser aviadas com nome genérico das substâncias prescritas, devendo constar:

I - o nome completo do paciente;

II - a posologia e a duração total do tratamento datilografadas ou em caligrafia legível;

III - denominação completa sem códigos ou abreviaturas;

IV - o nome do profissional e seu número de inscrição no respectivo conselho regional;

V - data e assinatura do profissional;

VI - endereço completo do local de trabalho do profissional (unidade de saúde pública ou privada - hospital, pronto socorro, ambulatório ou consultório médico).

¹⁸ Assim disciplina o artigo 4º da lei nº 8.080/90:

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º - Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º - A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

A terceira justificativa se origina na conhecida política de desencorajar as pessoas a realizarem a chamada automedicação¹⁹. É um argumento que transcende a relação entre Estado e solicitante, ampliando a questão para toda a sociedade. Traz consigo a ideia de que dentro das ações do Estado de efetivação do direito social à saúde, há uma política de conscientização da população. E dizemos que a política contra a automedicação é parte integrante de uma política maior porque diz respeito a uma imposição de limites contra desvios na efetivação da intervenção positiva do Poder Público: tenta estabelecer a maneira correta de a coletividade ter acesso a medicamentos.

Faremos agora um parêntese para explicar algumas situações específicas que merecem mais atenção. A primeira delas é o fornecimento de medicamentos ou produtos farmacêuticos e cosméticos que, em tese, prescindem de receita médica. Seria possível o fornecimento pelo Estado? A pergunta deve ser enfrentada sob dois aspectos: quanto ao fornecimento destes produtos e quanto à obrigatoriedade de se exigir receita médica.

Retomando a ideia de que a saúde é um dever constitucional de dimensão positiva do Poder Público, não vislumbramos outra saída senão aquela que o obriga a fornecer todo e qualquer tipo de produto que se mostre necessário²⁰. Afinal, são insumos que possibilitam a continuidade do tratamento, que não podem ser dispensados para manutenção, por exemplo, da higiene do paciente. Destarte, neste aspecto o Poder Público não pode se eximir.

Diferente, no entanto, é a conclusão acerca da necessidade de prescrição médica. Este critério deve ser cumprido independentemente do produto em questão: seja um medicamento, seja, por exemplo, fralda geriátrica. Afastar este requisito é criar condições de conflitar com os demais que serão apresentados logo em seguida, principalmente da hipossuficiência econômica. Por ora, é importante compreender que a necessidade do produto deve ser comprovada pelo requerente, isto é, deve mostrar que apesar de sua simplicidade, aquele insumo se mostra imprescindível para a manutenção da saúde e do tratamento que porventura esteja sendo realizado.

A segunda situação específica é quanto à possibilidade de o Estado produzir prova contrária à prescrição médica colacionada aos autos judiciais pelo requerente. Novamente, a análise deve ser dividida em dois segmentos.

Num primeiro plano, não cabe ao Estado duvidar daquilo que fora prescrito pelo profissional da saúde, tendo em vista que ele, por presunção, se mostra apto a verificar os sintomas de seus pacientes e reconhecer a doença correspondente. E mais, selecionar qual o tratamento correto para a recuperação de seu paciente. Esta presunção só existe porque o próprio Poder Público, por meio do Conselho Regional de Medicina, concedeu a este profissional licença para o exercício de sua profissão.

Os conselhos de classe são entidades parafiscais²¹, normalmente de natureza jurídica de autarquia, que realizam o recolhimento de tributos – as contribuições profissionais – no lugar do Estado. Assim, enquanto o Estado possui competência tributária, isto é, o poder de tributar,

¹⁹ Um grande exemplo é a campanha “A informação é o melhor remédio” criada em 2006 pela Anvisa e o DAF/MS para informar a população sobre o uso racional de medicamentos e alertar sobre os riscos das peças publicitárias de medicamentos nos meios de comunicação.

²⁰ Nessa afirmação faremos uma restrição mais a frente. Por enquanto, faz-se necessário entender da forma como exposta para o entendimento deste critério isoladamente.

²¹ “Parafiscal quer dizer ‘ao lado do fiscal’, algo que anda paralelamente com o Estado. Traduz-se na entidade que se mostra como um ‘quase-Estado’, uma ‘extensão’ do Estado”. (CASSONE, 2007, p. 74)

estes entes para-fiscais, possuem capacidade tributária ativa, poderes de arrecadar, fiscalizar e administrar tributos. Trata-se de nítida delegação de atividade, nos termos do artigo 7º do Código Tributário Nacional²².

Com todos estes aspectos, não vemos como não compreender que a atividade desempenhada por referidos conselhos de classe profissional sejam desvinculadas do Poder Público. Assim, tendo o Estado concedido autorização para que o indivíduo exercesse a profissão de médico, deverá creditar ao menos inicialmente a sua capacidade de avaliação e exame da moléstia acometida pelo requerente dos medicamentos e demais produtos correlacionados. Isto quer dizer, portanto, que o Estado não poderá submeter o requerente a novo exame por médico credenciado no sistema público de saúde pela simples razão de estar investido neste múnus público. Em última análise, ambos são credenciados igualmente pelo Estado.

Em um segundo plano, embora haja a presunção de aptidão do médico, entendemos que esta não deve ser absoluta. Nos casos excepcionais, em que a exigência médica é nitidamente absurda, acreditamos ser possível o Poder Público produzir prova contrária, refutando que tais produtos, da forma como estão prescritos, são realmente necessários. Repetimos: em casos excepcionais, os quais são flagrantes a desnecessidade dos produtos prescritos pelo médico. Para fazer tal prova, acreditamos que o Poder Público poderá juntar laudos, estudos e demais documentos que achar pertinente – inclusive demais espécies probatórias, se a espécie de ação proposta permitir – para comprovar sua tese.

3.2 Hipossuficiência econômica do solicitante

Aquele que pretende receber os medicamentos deve comprovar que não possui condições de arcar com os gastos. Esta é a maior prova de que há a correta implementação de política pública, de acordo com o grau de capacidade de cada membro da sociedade.

Por óbvio, como havíamos dito alhures, o direito social à saúde é aplicável a todos os membros da coletividade. Todos têm o direito de se beneficiar das prestações do Poder Público, mas não de maneira indistinta, e sim na medida de sua necessidade. É o corolário extraído da igualdade material, conceito este já trabalhado de forma genérica anteriormente²³.

A Constituição Federal afirma e reafirma em seu artigo 5º, *caput* e inciso I, a igualdade entre todos os seres humanos. No entanto, a própria Carta Magna cria distinções²⁴ entre os

²²Art. 7º - A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

²³Vide item 1 *supra*.

²⁴O próprio STF já ratificou diversas situações que o tratamento desigual não fere o princípio da igualdade, mas ao contrário, o confirma. Vide, por exemplo, os seguintes excertos:

“A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.” (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008.)

“Tratamento igualitário de brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. O alcance do disposto na cabeça do art. 5º da CF há de ser estabelecido levando-se em conta a remessa aos diversos incisos. A cláusula de tratamento igualitário não obstaculiza o deferimento de extradição de estrangeiro.” (Ext 1.028, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-8-2006, Plenário, DJ de 8-9-2006.)

indivíduos de acordo com a situação de fato. É o caso, por exemplo, do artigo 145, § 1º que trata da capacidade contributiva²⁵, da possibilidade de extradição de estrangeiro ou brasileiro naturalizado no caso de crime comum praticado antes da naturalização previsto no artigo 5º, LI, a licença à gestante diferenciada da licença-paternidade no artigo 7º, XVIII etc.

Assim, não é em todas as situações que todos terão o mesmo acesso aos benefícios concedidos pelo Poder Público. Há um tratamento diferenciado, imposto pela igualdade material, para que as partes conflitantes estejam em situação de equilíbrio. Note que, mesmo para ter acesso à justiça, o indivíduo deverá pagar quantia *proporcional*²⁶ ao valor de sua causa, salvo se estiver inserido no campo dos beneficiários da justiça gratuita, determinado pelo artigo 2º da lei nº 1.060/50²⁷.

E é o que deve ocorrer também no caso de medicamentos. Somente aqueles que comprovadamente se mostrarem hipossuficientes economicamente é que poderão receber gratuitamente os medicamentos e demais insumos do Estado. E acreditamos que o mesmo conceito adotado pelo parágrafo único do artigo 2º da lei nº 1.060/50 deva ser aplicado, ou seja, somente aqueles cuja situação econômica não lhe permita pagar as despesas com medicamentos e demais insumos correlatos, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, poderão gozar do benefício.

Entender de outra forma é subverter o sistema, pois aceitar que aquele que possui maior capacidade econômica se aproveite da assistência gratuita do Estado é ignorar que há, no plano fático, diferença entre os indivíduos integrantes da coletividade. Se determinada pessoa tem plenas condições de arcar com os gastos de seu tratamento, não cabe ao Poder Público custeá-lo, mas, no máximo, dar subsídios para que consiga realizá-lo.

Neste sentido é que se encaixam os casos de tratamentos a serem realizados em outros países por inexistência de semelhante no Brasil. É possível que o indivíduo consiga arcar com as despesas com remédios e insumos, mas não tem condições de pagar o acompanhamento médico necessário, disponível somente no exterior. Nestas situações, em consonância com toda a base teórica traçada anteriormente, entendemos ser obrigação do Estado suprir esta carência, pois não está em discussão a procedência abastada do indivíduo, mas a capacidade específica de custear o tratamento que, em tese, deveria o Poder Público disponibilizar gratuitamente a todos, desde que aquela esteja devidamente comprovada.

Por isso mesmo que é dever do Estado, independentemente do custo do tratamento, arcar com as despesas. É prestação positiva imposta constitucionalmente ao Estado, o qual tem o dever primordial de instrumentalizar o direito social à saúde. Por isso também que a prescrição médica se mostra muito necessária, para coibir abusos na assistência estatal de indivíduos que prescindem desta tutela dela tirarem proveito.

²⁵ Art. 145, § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

²⁶ Claro que é um conceito bastante discutível, mas não se pode negar que há certa proporcionalidade nas regras adotadas pelas custas processuais, pagando mais quem pleiteia por mais e vice-versa.

²⁷ Art. 2º - Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Assim, verifica-se que este requisito tem vários desdobramentos. O primeiro deles é a necessidade do indivíduo comprovar sua hipossuficiência econômica, traduzida na impossibilidade de custear as despesas com medicamentos e demais insumos correlatos sem prejuízo do sustento próprio ou da família. O segundo é que esta hipossuficiência econômica deve ser específica para o tratamento almejado, isto é, o solicitante não deverá ser avaliado na sua capacidade econômica global, mas específica para arcar com o tratamento almejado. Por fim, o terceiro desdobramento diz respeito ao próprio Estado que, verificados os desdobramentos anteriores, deverá arcar com o tratamento solicitado, independentemente de seu custo.

3.3 Impossibilidade de pleito de medicamentos específicos se existem similares postos à disposição do requerente

É requisito de natureza lógica: se já existe à disposição do requerente medicamento similar, com a mesma substância ativa e produtor dos mesmos efeitos, não há sentido em pleitear outro só porque ostenta determinada marca. Advogar em sentido oposto é atender a um mero capricho do requerente, movido por convicções e paixões pessoais, desprovido de qualquer razão lógica. O mesmo vale para a questão dos insumos como os produtos farmacêuticos e cosméticos.

Note que aqui não se discute o valor do medicamento. É fator externo à discussão, que recairia na questão da reserva do possível, já refutada anteriormente²⁸. O que deve ser levado em conta é a efetividade do medicamento para o combate da moléstia: se tanto o prescrito quanto o disponibilizado pelo Poder Público têm o mesmo efeito e, talvez, características, logo não há falar em opção pelo primeiro por parte do requerente.

A regra, contudo, não deve ser entendida de forma absoluta. O magistrado deve verificar no caso concreto se o requerente possui alguma restrição ao uso do medicamento disponibilizado pelo Estado. Em determinados casos, é possível que o requerente possua, por exemplo, algum tipo de alergia a algum princípio ativo ou substância contida no remédio à disposição. Neste contexto, é inadmissível que o requerente seja obrigado a ingerir esta medicação, pois se tornaria mais prejudicial do que benéfica. Por isso, verificamos aqui uma exceção ao critério estabelecido, podendo ser solicitado medicamento específico, o qual o Poder Público tem o dever de conceder.

Este requisito, em certo aspecto, é consequência dos anteriores, pois a prescrição médica deve ser voltada unicamente a estabelecer qual princípio ativo no medicamento é imprescindível para o tratamento, deixando de lado especificidades, como a marca do remédio, que em nada influem para a cura de seu paciente²⁹. Quanto à questão da hipossuficiência econômica, no que diz respeito a ser específica para o tratamento, pode-se verificar que a exceção ao critério aqui estabelecido mostra-se pertinente. Se o indivíduo não possui capacidade de arcar com os gastos daquele medicamento específico que não lhe causará outra moléstia, como uma alergia, este poderá obrigar o Estado a concedê-lo.

²⁸ Vide item 2 *supra*.

²⁹ Note que os artigos 1º e 2º da Resolução nº 126 da Secretaria de Saúde, colacionados no subitem 3.2, obrigam os médicos a utilizarem a nomenclatura genérica dos medicamentos.

4 CONCLUSÃO

Não exatamente uma conclusão do que foi trabalhado acima, aqui será feita uma retomada dos principais conceitos levantados ao longo deste estudo:

a) Direitos sociais implicam em atribuir ao Estado a obrigação, numa dimensão positiva, de efetivação da igualdade entre os indivíduos em um sentido que transcenda uma concepção formal. A isonomia de tratamento deve existir tanto no plano formal quanto material, isto é, a igualdade deve constar na lei e perante a lei, respectivamente. Por isso, ainda que seja adotado um *discrimen* em determinada situação, este fator deve servir para reequilibrar aqueles que originariamente se encontram em posição de desigualdade;

b) A tutela do direito social à saúde, por conseguinte, é dever inafastável do Poder Público, tendo o dever de reservar valores suficientes para suprir os gastos com a saúde no momento da elaboração de sua proposta orçamentária. Elementos como a má distribuição, a corrupção e a gestão deficitária de recursos públicos não servem de argumento para que o Estado deixe de cumprir a prestação imposta constitucionalmente. Por isso, não há falar em reserva do possível;

c) Mínimo existencial possui caráter absoluto, pois já compreende o conceito de piso inviolável, de impossível ultrapassagem. Assim, se o que fora considerado mínimo pode ser diminuído, então os direitos que eram considerados mínimos não o são; mas na verdade aqueles restantes da subtração. Seu conteúdo não se trata de um rol taxativo de direitos, muito menos verificados em determinado período histórico. Diferentemente, seu conteúdo é delimitado por direitos fundamentais em sua menor satisfação possível, estruturados na dignidade da pessoa humana, verificados caso a caso;

d) Para a concessão de medicamentos, devem ser obedecidos os seguintes critérios objetivos: a necessidade de prescrição médica, a hipossuficiência econômica do solicitante, a impossibilidade de pleito de medicamentos específicos se existem similares postos à disposição do requerente;

d.1) A necessidade de prescrição médica deve ser compreendida como a demonstração efetiva, através de constatação de profissional da saúde, de que o indivíduo precisa daquele medicamento. É critério imprescindível, independentemente de estarmos tratando de medicamento ou insumo como produtos farmacêuticos e cosméticos;

d.2) A hipossuficiência econômica do solicitante se desdobra em três outros sub-requisitos, a saber:

d.2.1) A necessidade do indivíduo comprovar sua hipossuficiência econômica, traduzida na impossibilidade de custear as despesas com medicamentos e demais insumos correlatos sem prejuízo do sustento próprio ou da família;

d.2.2) A hipossuficiência econômica deve ser específica para o tratamento almejado, isto é, o solicitante não deverá ser avaliado na sua capacidade econômica global, mas específica para arcar com o tratamento almejado;

d.2.3) Verificados os sub-requisitos anteriores, o próprio Estado deverá arcar com o tratamento solicitado, independentemente de seu custo;

d.3) A impossibilidade de pleito de medicamentos específicos se existem similares postos à disposição do requerente é por razões lógicas, já que, se existe à disposição do requerente medicamento similar, com a mesma substância ativa e produtor dos mesmos efeitos, não há sentido em pleitear outro só porque ostenta determinada marca. Contudo, este critério pode ser relativizado se o requerente possui algum tipo de rejeição a algum princípio ativo ou substância contida no remédio à disposição. Neste caso, é dever do Poder Público fornecer o medicamento específico requerido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.ed. Frankfurt am Main; Surkamp, 1994. (Tradução brasileira de SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008).

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2012.

_____. Sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2012.

_____. Sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2012.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALAZAR, Andrea Lazzarini *et al.* *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, n.10. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: XXX

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. n.177, p. 29-49, 1989.

_____. O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas. *Arquivos de Direitos Humanos*. n.3, p. 388-391, 2001.