



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Uma análise crítica da correlação entre tributação, mínimo existencial e reserva do possível

Ana Carolina Henriques Figueiredo

Rio de Janeiro
2016

ANA CAROLINA HENRIQUES FIGUEIREDO

Uma análise crítica da correlação entre tributação, mínimo existencial e reserva do possível

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CORRELAÇÃO ENTRE TRIBUTAÇÃO, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Ana Carolina Henriques Figueiredo

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Atualmente, há grande atuação do Poder Judiciário no sentido de garantir direitos sociais previstos na Constituição. No entanto, assunto pouco abordado ou considerado é o custo que tais decisões podem ter nas finanças públicas. Num cenário jurídico no qual o administrador público deve obedecer à Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/00, é necessário que se analise os impactos de tais decisões no orçamento, de modo a viabilizar uma melhor tomada de decisões na hora de garantir os direitos sociais.

Palavras-chaves: Direito Financeiro. Direitos Fundamentais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Teoria das Escolhas Trágicas.

Sumário: Introdução. 1. Mínimo existencial. 2. Reserva do possível. 3. *Leading cases*. 4. Legitimidade do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa uma vertente do ativismo judicial muito presente nos dias de hoje. Procura-se examinar em qual contexto o juiz tem agido de modo a garantir o mínimo existencial e o que exatamente seria esse mínimo existencial que se visa a proteger. Além disso, procura-se questionar se o juiz, agente público que não é eleito, teria legitimidade para tomar essas decisões e, antes disso, se teria conhecimentos e informações suficientes.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a indagar se o princípio do mínimo existencial seria apto a embasar decisões que podem causar grandes danos aos cofres públicos, prejudicando o direito ao mínimo existencial de outros cidadãos que não ingressaram em juízo.

A Constituição Federal prevê que todos terão direito, por exemplo, à saúde. No entanto, como será analisado nos capítulos 3 e 4, é muito costumeiro que a jurisprudência

decida no sentido de garantir tratamentos de alto custo de doenças raras que, por serem raras, atingem pouquíssimas pessoas – e, por isso mesmo, não fazem parte da lista do SUS –, em detrimento de pessoas que têm doenças comuns e que sofrem com a falta de infraestrutura da saúde pública. Por óbvio que não se nega que todos têm direito à saúde, mas é importante uma análise criteriosa a partir de uma visão da reserva do possível.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a definição do que vem a ser mínimo existencial.

Segue-se trazendo, no segundo capítulo, a definição do que vem a ser, por outro lado, reserva do possível.

O terceiro capítulo destina-se a examinar um dos *leading cases* que podem ser encontrados na jurisprudência dos Tribunais, em especial a dos Tribunais Superiores. Esse capítulo tem como objetivo trazer dados relevantes para a discussão da questão.

O quarto capítulo analisa a legitimidade do Judiciário para tomar decisões que influenciam na discricionariedade da Administração Pública. Teria o magistrado conhecimento e informações suficientes sobre a arrecadação e alocação dos recursos públicos para poder tomar esse tipo de decisão? Essa pergunta vai além do mero debate sobre de onde advém a legitimidade do Judiciário para resolver os conflitos que lhe são trazidos. Isso porque não mais se discute que essa legitimidade advém da fundamentação das suas decisões.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1. O MÍNIMO EXISTENCIAL

Um dos princípios basilares da CRFB/88 é a dignidade humana, sendo elencado de pronto no seu art. 1º, III. Mas não há dúvidas de que a sua definição é uma tarefa árdua, quiçá

impossível. Isso porque se trata de um conceito extremamente aberto, passível de modificação com o passar do tempo. Não é que o conceito em si seja modificado conforme as sociedades evoluem. O que ocorre é que a evolução faz com que certos conhecimentos sejam descobertos. Ou seja, o conceito intrínseco de dignidade humana sempre existiu¹ e sempre será o mesmo. O que varia é a noção acerca desse conceito que é descoberta com o passar do tempo. Pode-se ter como exemplo as gerações dos direitos humanos: com a progressão das gerações, novas facetas foram sendo descobertas como partes integrantes da dignidade humana. Conhecer é um procedimento de descobrir.

Nesse sentido, o conceito de dignidade humana evoluiu e varia de acordo com o local e o tempo, podendo essa variação se dar de acordo com os elementos que lhe são agregados: direito à saúde, à educação, moradia, etc. No entanto, sempre é possível averiguar a existência de um núcleo, um mínimo de elementos agregados que compõem essa noção de dignidade humana². Nas palavras da professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ Ana Paula de Barcellos³:

A conclusão, portanto, é que há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que a sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modos dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, o enunciado mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico.

De maneira simplificada, pode-se definir mínimo existencial como sendo os recursos mínimos que uma pessoa necessita para viver uma vida minimamente decente, levando em consideração não apenas o aspecto físico, mas também espiritual e intelectual. Ou seja, são

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 219: "Assim como a liberdade religiosa, a dignidade humana pode ser descrita como um desses fenômenos cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado."

² É esse núcleo que gera uma interminável controvérsia jusfilosófica, na medida em que, a depender da teoria filosófica e do modelo econômico-teórico adotado, tal núcleo pode sofrer variações.

³ BARCELLOS, op. cit., p. 226.

recursos que a pessoa necessita ter ou, ao menos, ter fácil acesso a eles. Tal conceito leva a duas indagações: (i) como especificar esse mínimo na realidade brasileira?; (ii) o que pode ser considerado “fácil acesso”?

Para responder a primeira indagação, pode-se adaptar a pergunta feita pela filósofa americana Martha Nussbaum⁴: “quais atividades caracteristicamente praticadas por seres humanos são tão central que parecem ser constitutivas de uma vida que é verdadeiramente humana?”

Em resposta, pode-se utilizar como fundamento o art. 7º, IV da CRFB/88⁵, que prevê o salário mínimo:

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Assim, nos termos da própria CFRB/88, é um direito social dos trabalhadores receber um salario que seja capaz de atender as suas necessidades vitais básicas, sendo que o dispositivo elenca tais necessidades: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Apesar do dispositivo tratar do que o salário deve ser capaz de atender, deve-se entender que essas necessidades elencadas fazem parte do núcleo da dignidade humana, configurando uma série de direitos que devem ser garantidos pelo Estado: direito a educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Como determinado pelo dispositivo, as pessoas necessitam de tais direitos para sobreviver⁶.

⁴ NUSSBAUM apud WHITE, Stuart. *Social Mininum: The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum/>>. Acesso em 13 out. 2015.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 de março de 2016.

⁶ Em seu artigo para The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stuart White, citando Martha Nussbaum, elenca as seguintes capacidades: “1. the capability for physical survival; 2. the capability for bodily health; 3. the capability for bodily integrity; 4. the capability for exercise of imagination; 5. the capability for emotional response and exploration; 6. the capability for practical reason; 7. the capability for love and friendship; 8. the capability for connection with nature and other species; 9. the capability for play; 10. the capability for the exercise of control over environment, including political control.” (1. a capacidade de sobrevivência física; 2. a capacidade de saúde do corpo; 3. a capacidade de integridade do corpo; 4. a capacidade do exercício da

Mas mesmo com essa delimitação, a questão ainda fica em aberto. O que exatamente configuraria o direito à saúde, por exemplo? Bastaria a construção de hospitais ou também seria necessário o fornecimento de medicamentos previamente listados por um sistema único de saúde? E mesmo havendo essa listagem, todos os remédios deveriam estar presentes ou só alguns? Stuart White⁷ vai dizer que esse é o problema de se estipular limites: o problema de se determinar, de modo justo e legítimo, qual o nível de cobertura que é satisfatório, dado ao compromisso de garantir que todos tenham acesso aos recursos necessários para uma vida minimamente decente.

Já para responder a segunda pergunta – “o que pode ser considerado ‘fácil acesso’?” –, deve-se ter em mente que o objetivo da expressão “fácil acesso” é justamente deixar em aberto o seu conceito. O que será considerado “fácil acesso” vai depender das políticas e instrumentos do momento em que é feita a determinação do seu conceito. Um exemplo seria as políticas governamentais do “Bolsa Família” e similares. Nesse caso, o Estado não prestou às famílias de baixa renda nenhum serviço de saúde ou educação, por exemplo. Na própria definição constante da *webpage* do Bolsa Família no *site* da Caixa Econômica Federal⁸, o Bolsa Família “é um programa de transferência direta de renda”, que “busca garantir a essas famílias o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde”.

Há uma crítica social generalizada ao Bolsa Família e similares, no sentido de que para garantir os direitos, o Estado deveria garanti-los diretamente e não por meio da facilidade de acesso. No entanto, como visto anteriormente, no conceito de mínimo existencial, não apenas são previstos os direitos, mas a facilidade de acesso a eles. Isso porque o conjunto de direitos que compõem o mínimo existencial pode mudar; ou o conceito desses direitos pode

imaginação; 5. a capacidade de resposta e exploração emocional; 6. a capacidade de prática da razão; 7. a capacidade de amor e amizade; 8. a capacidade de conexão com a natureza e outras espécies; 9. a capacidade de brincar; 10. a capacidade de exercer controle sobre o ambiente, incluindo controle político) (Ibid.)

⁷ Ibid.

⁸ BOLSA Família. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 13 out. 2015.

mudar. Um exemplo seria a de um tratamento não ser oferecido pelo SUS em determinado momento. Ora, o Estado, por meio do SUS, está garantindo o direito à saúde, em que pese a discussão sobre o limite dos direitos. No entanto, por meio de programas que visam a garantir o acesso aos direitos, o Estado garante que, mesmo em relação a tratamento não previsto no SUS, a pessoa terá acesso à saúde, mesmo que ela mesma arque por isso.

Por tudo que foi exposto no presente capítulo, pode-se perceber que o preenchimento de um mínimo existencial exige uma série de prestações positivas por parte do Estado. Isso se deve ao fato de que, na maior parte, trata-se de direitos sociais, os quais inegavelmente são direitos que exigem uma atuação positiva por parte do Estado. É nesse momento que cabe a análise dos dispêndios e do impacto econômico-financeiro de tal atuação, com a discussão da Teoria da Reserva do Possível.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL

Por mais relevantes que sejam os direitos fundamentais previstos na Constituição, ou sociedade utópica na qual nada falta a nenhum dos cidadãos, tudo lhes sendo garantido pelo Estado, não se deve esquecer que os deveres fundamentais prescritos pela Constituição também devem ser interpretados à luz da realidade fática.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, fala em “insinceridade normativa”. Diz o Ministro que⁹:

Ao nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade de fato. Isto seria sua negação. De outra parte, é certo que o Direito se forma com

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 60-61.

elementos colhidos na realidade e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento socialmente eficaz. (...)

Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido.

Ainda sobre tema, o Ministro trata sobre os motivos pelos quais uma norma deixa de ser cumprida. E um dos casos é o tema em estudo no presente capítulo: algumas normas não são aplicadas porque desde o primeiro momento elas são irrealizáveis.

Em relação a esse motivo, Barroso diz que há “manifesta ausência de condições materiais para o seu cumprimento”¹⁰. Aplicando tal pensamento no presente estudo, tem-se que os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua geração, devem ser interpretados de modo a terem a maior eficácia e efetividade possível. É justamente esse “possível” que traduz a necessidade de uma interpretação desses direitos dentro da realidade fática.

É nesse ponto que se pode aplicar a Teoria da Reserva do Possível, sendo a expressão que procura “identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”¹¹

No entanto, é necessário indagar em que momento deve ser aplicada a Teoria da Reserva do Possível: se no momento da edição das leis, ou se apenas na sua aplicação no caso em concreto.

Segundo o Modelo Teórico da Verificação da Limitação dos Recursos¹² a exigibilidade de prestações positivas encontra limites de cunho econômico e político – escolha das medidas a serem adotadas. Os limites econômicos derivam da “reserva do

¹⁰ Ibid.

¹¹ BARCELLOS, op. cit., p. 261.

¹² São cinco modelos sugeridos por Flávio Galdino em sua dissertação de Mestrado na UERJ “Direitos não nascem em árvores”: (i) modelo teórico da indiferença; (ii) modelo teórico do reconhecimento; (iii) modelo teórico da utopia; (iv) modelo teórico da verificação da limitação dos recursos; (v) modelo teórico dos custos dos direitos.

possível”, *Vorbehalt des Möglichen*, ou seja, da disponibilidade do erário. Apesar disso, a ausência da prestação será sempre considerada inconstitucional e sancionável¹³.

Nesse modelo, a reserva do possível assume uma feição meramente limitativa. Ou seja, as condições reais e concretas de efetivação dos direitos não integram o próprio conceito de direito. Trata-se de um conceito externo que só será analisado no caso concreto.

Há, ainda, o Modelo dos Custos dos Direitos, utilizado por Cass Sunstein e Stephen Holmes na sua obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Segundo esse modelo, o elemento “custo” é parte integrante da definição de direitos e, portanto, ele deve ser levado em consideração já no momento de elaboração da norma, de modo a se evitar que as normas sejam natimortas: já nascem sem qualquer possibilidade de concretização.

Ainda sobre a teoria, Ana Paula de Barcellos diz que se trata de gênero que possui duas espécies¹⁴. A primeira espécie trata da inexistência fática de recursos – reserva do possível fática. A segunda espécie trata da reserva do possível jurídica, ou seja, a falta de previsão orçamentária para determinado gasto.

De qualquer maneira, a Teoria da Reserva do Possível leva à percepção de que, por conta da escassez relativa dos recursos, escolhas trágicas terão que ser feitas. Trata-se de uma questão complexa e de caráter político também. Isso porque alguém terá que fazer essas escolhas e, no atual panorama político-administrativo, cabe ao Executivo, com aprovação do Legislativo, fazer tais escolhas por meio de dotações orçamentárias e distribuição dos recursos arrecadados.

A sua complexidade é decorrente do fato de que, para usar expressão popular, “o cobertor é curto”. Ou seja, cobre-se a cabeça, mas descobre-se os pés. Ana Paula de Barcellos apresenta essa complexidade¹⁵:

¹³ BARROSO, op. cit., p. 105.

¹⁴ BARCELLOS, op. cit., p. 262-263.

¹⁵ Ibid., p. 265.

A questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes: por que aplicar os recursos na despoluição da Baía de Guanabara e não na pesquisa científica sobre doenças tropicais, ou na expansão da rede de ensino médio? Além de decidir em que gastar, é preciso também saber o quanto deverá ser investido em cada uma das áreas escolhidas, já que as alternativas envolvem não apenas o binômio investir/não investir, mas também investir menos ou mais, de modo a tornar viável o atendimento de um maior número de necessidades. Por que razão, por exemplo, se deve proteger irrestritamente, em toda sua extensão, o direito de propriedade, e abandonar completamente determinados direitos sociais por falta de recursos?

Guido Calabresi e Philip Bobbitt, em seu livro *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resource*, acreditam que a análise em abstrato não consegue determinar o melhor método de escolha. Para os autores, as escolhas devem variar de acordo com o bem em questão. Assim, a escolha “correta” vai depender de conceitos extraídos da própria sociedade em um determinado local e em um determinado tempo. De qualquer forma, a escolha deve se basear em normas sociais existentes.

Já Ana Paula de Barcellos argumenta que o conteúdo das despesas deve estar vinculado juridicamente às prioridades eleitas pelo constituinte originário¹⁶. Isso porque a Constituição não submete apenas a arrecadação a seus preceitos – legalidade, anterioridade, etc. –, mas também submete as despesas. Assim, já que os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis devem ser aplicados naquilo que a Constituição considera como essencial, mínimo existencial. Sobrando recursos, eles devem ser distribuídos de acordo com as opções políticas de cada momento histórico.

Dito de outro modo, é correto afirmar que, nos termos constitucionais, garantir condições materiais essenciais à dignidade humana (o mínimo existencial) é a prioridade do Estado brasileiro. Essa prioridade constitucional haverá de refletir na forma como são gastos os recursos públicos, que deverão ser canalizados prioritariamente para a prestação dos serviços e/ou a entrega de bens necessários a produzir, no mundo dos fatos, a assertiva referida: garantir condições materiais essenciais à dignidade humana. E, se é assim, a discussão sobre a reserva do possível não deveria ser sequer substancialmente relevante nesse ambiente, já que se está cuidando da prioridade 1; a não ser, é claro, que sequer haja recursos suficientes

¹⁶ Ibid., p. 267-272.

para atender aquilo que se tenha considerado como mínimo existencial. Daí a importância da pergunta: qual o conteúdo, afinal, do mínimo existencial?¹⁷

Em relação ao conteúdo do mínimo existencial, tal questão já foi abordada no capítulo 1. E, como visto, foi utilizado os parâmetros do salário mínimo para determinar que as necessidades vitais básicas do cidadão compreende moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

No entanto, tal conceito não deixa de ser extremamente amplo. O que se poderia entender por saúde, por exemplo? Seria a prestação de todo e qualquer serviço de saúde, mesmo que o tratamento seja experimental e caro? Essas questões já foram debatidas no capítulo 1. O que se propõe é justamente trazer, nesse momento, uma análise com base na Teoria da Reserva do Possível.

Ou seja, é certo que a Constituição prevê certos direitos que vão compor o mínimo existencial e, portanto, tais direitos são essenciais à uma vida digna. Mas será que é possível, dentro do mínimo existencial, estabelecer-se uma hierarquia entre essencialidades? Explica-se: seria possível dizer que o direito a hospitais decentes e aparelhados para atender a maior parcela da população seria mais essencial do que o direito de um bebê a ter tratamento raro e caro em outro país?

Ou seja, os recursos devem ser destinados às essencialidades, mas essas essencialidades, por si só, são amplas e, dentro delas mesmas, ainda subsiste a necessidade de se realizar escolhas trágicas. É isso que será analisado no próximo capítulo por meio de um *leading case*.

3. LEADING CASE

¹⁷ Ibid., p. 272.

No dia 02 de julho de 2014¹⁸, bebê Sofia e sua mãe, Priscila, desembarcaram em Miami para a realização de um transplante multivisceral pago pelo governo brasileiro. Sofia sofria de Síndrome de Berdon, uma doença rara que causa problemas no intestino, na bexiga e no estômago. O tratamento é o transplante de vários órgãos, que, no SUS, ainda é feito de maneira experimental. Por conta disso, a família optou por realizar a operação nos EUA, onde é feita há mais tempo. O procedimento custou R\$ 2,4 milhões e foi custeado pela União, que foi obrigada pela Justiça a pagar o tratamento e outras despesas. Após desembarcar em Miami, Sofia ainda teve que esperar os resultados de exames para, só depois, ingressar na lista de transplantes e esperar um doador.

Após 9 meses de espera¹⁹ e de algumas outras cirurgias, como para tratar do sopro no coração e para desobstrução da uretra, o transplante foi realizado, custando R\$ 3,69 milhões. Sofia ainda ficou no hospital depois de receber alta, por conta de problemas na liberação do dinheiro para pagamento de *home care*, com o governo pagando uma diária de R\$ 6,8 mil²⁰, dez vezes mais o que pagaria normalmente.

Infelizmente, no dia 14 de setembro de 2015²¹, Sofia faleceu em decorrência de uma parada cardíaca. O quadro dela tinha se agravado por conta de uma infecção no pulmão pelo vírus citomegalovírus e o bebê não conseguiu mais resistir.

O caso de Sofia ficou famoso depois que a mãe da menina criou uma campanha na *internet*, mobilizando pessoas de todo o país. Por meio de um *website*, a pessoa podia se cadastrar e doar o valor que quisesse. E, em junho de 2014, a Justiça determinou o depósito de R\$ 2,2 milhões para custear o período de tratamento, inclusive pré e pós-operatórios.

¹⁸ Matéria no UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/07/02/bebe-sofia-chega-aos-eua-para-fazer-transplante-pago-pelo-governo.htm#fotoNav=24>>. Acesso em 26 fev. 2016.

¹⁹ Matéria no UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/04/10/bebe-sofia-passa-por-transplante-de-orgaos-nos-eua-apos-9-meses-de-espera.htm?debug=true>>. Acesso em 26 fev. 2016.

²⁰ Matéria no UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/08/24/governo-gasta-dez-vezes-mais-para-manter-bebe-sofia-no-hospital.htm?debug=true>>. Acesso em 26 fev. 2016.

²¹ Matéria no G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/09/apos-parada-caraiaca-bebe-sofia-morre-nos-eua.html>>. Acesso em 26 fev. 2016.

A utilização de um caso concreto é de suma importância para a tese que aqui se pretende desenvolver. Isso porque discutir as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível é fácil na teoria. Mas o que importa, de fato, são os casos concretos. São pessoas como a bebê Sofia e os milhares de doentes que dependem do serviço público de saúde que passam por situações de vida ou morte. No próximo capítulo, será analisada as consequências de decisões como a tomada no caso Sofia, em especial no orçamento público.

4. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

No dia 12 de novembro de 2015, a Carta Capital publicou matéria com a seguinte manchete: “Quando o juiz vira médico - Decisões da Justiça sobre medicamentos, tratamentos e até insumos básicos sangram os cofres federais em 1 bilhão de reais”²². A matéria traz os seguintes dados: (i) em 2010 o Ministério da Saúde gastou R\$ 139,6 milhões para atender a decisões da Justiça; (ii) em 2014, o gasto foi de R\$ 838,4 milhões, um aumento de 500% em cinco anos; (iii) 50% dos remédios ou tratamentos liberados pela Justiça com maior impacto no Orçamento não possuem registro na ANVISA.

Segundo a matéria, uma das decisões paradigmas que possibilitaram esse quadro foi a proferida pelo STF em 2010, concedendo medicamento de rara doença neurodegenerativa, que, apesar de ter registro na ANVISA, não estava na lista do SUS. Isso porque, depois dessa decisão, os gastos do Ministério da Saúde com ações na justiça variaram em quase 60%.

A matéria informa, ainda, qual foi o remédio mais custoso aos cofres públicos, sendo o *Soliris*, remédio para combater a hemoglobinúria paroxística noturna (HPN) e que não tem registro na ANVISA e custa US\$ 440 mil ao ano por paciente. Desde 2010, o gasto com esse remédio foi de R\$ 554,5 milhões.

²² Matéria na Carta Capital. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/revista/874/quando-o-juiz-vira-medico-6392.html>>. Acesso em 26 fev. 2016.

Em relação ao *Soliris*, a matéria ainda informa que o SUS oferece o tratamento por meio de transplante de medula. O custo é de R\$ 50 mil e o tratamento cura ao menos metade dos pacientes. O *Soliris* não cura os pacientes, nem elimina o risco de complicações futuras.

A notícia traz outros dados, dos quais se recomenda a leitura, mas, para a proposta desse artigo, os dados apresentados já são suficientes para mensurar o impacto que as decisões judiciais em relação à saúde têm tido no orçamento.

Deve-se, num primeiro momento, deixar claro que não se discute, aqui, o direito à saúde. Esse é um direito fundamental, importantíssimo para a manutenção da sociedade e o respeito ao princípio da dignidade humana, sendo um dever fundamental do Estado a sua prestação. Ou seja, o Estado não tem escolha no que se refere ao serviço público de saúde: ele deve prestá-lo.

O que se discute aqui, no entanto, é justamente a amplitude dessa prestação. É óbvio que o Estado deve ser obrigado a garantir tratamentos contra doenças comuns. Ninguém irá discutir ou colocar à prova a legitimidade de uma decisão que determina que o Estado, por exemplo, preste o serviço de atendimento de emergência em casos acidente, de tratamento a pacientes com câncer, dengue e outras doenças que, de fato, afligem a maior parte da população.

O Sistema Público de Saúde, prescreve o art. 196 da CRFB/88²³, é direito de todos e dever do Estado, sendo o seu acesso universal. Isso quer dizer que, ao contrário do que acontecia antes do Lei Maior de 1988, não é necessário qualquer contribuição para se ter acesso ao serviço público de saúde, que é financiado por recursos provenientes de tributos não vinculados – em regra, impostos.

Impostos são pagos por todos e, com isso, o sistema pode ser usufruído por todos. Mas o sistema não é calculado para possibilitar tratamentos que têm pouquíssimas chances de

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 de março de 2016.

ocorrer, sob pena de onerar excessivamente a coletividade. É financeira e economicamente inviável que a sociedade arque com todos os tratamentos raros e caros. Como foi dito em capítulos anteriores, os recursos são limitados e escolhas difíceis devem ser feitas.

É aqui que entra a indagação sobre a possibilidade de o Judiciário fazer tais escolhas. Não há dúvidas de que o Judiciário é o grande protetor dos direitos, especialmente os fundamentais previstos na Constituição. É notória a ineficiência da máquina administrativa no sentido de garantir tais direitos, inclusive por culpa da corrupção e desvio de recursos públicos. Desse modo, não há qualquer questionamento de que o Judiciário deve intervir e garantir os direitos quando a omissão da Administração Pública causa danos aos cidadãos. A reserva do possível não pode ser alegada quando o desrespeito à vida humana e às normas constitucionais é gritante. As normas constitucionais de direitos fundamentais impõem um dever de prestações positivas ao Estado²⁴.

Mas como o Judiciário poderia tomar decisões que garantam o direito de um indivíduo sem, por outro lado, prejudicar a coletividade como um todo? Apesar das decisões de primeira e segunda instância terem efeitos apenas *inter partes*, não é isso que, no final, acontece, sendo que toda a coletividade acaba arcando com os custos dessa decisão. Apesar

²⁴ Nesse sentido, voto do relator Min. Celso de Mello: "O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (...) não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas ~ impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional." (RE 271286 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12/9/2000, DJ 24/11/2000). Acesso em 14 de março de 2016.

dessas decisões não serem *erga omnes*, elas afetam de modo excessivo à coletividade. O caso Sofia, por exemplo, foi decidido por Desembargador paulista do TRF da 3ª região, condenando a União a pagar R\$ 2,4 milhões para custear o tratamento. Como poderia esse Desembargador ter meios de aferir os impactos que a sua decisão iria causar no orçamento? E em relação às outras milhares de decisões em sentidos semelhantes?

O CPC/15 previa, no seu art. 333, que foi vetado, o “incidente de coletivização das demandas judiciais”. Determinava o artigo que “atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II da L. 8.078” e cuja ofensa afetasse, ao mesmo tempo, as esferas jurídicas individuais e coletivas.

Em que pese o instituto não ter sido apresentado para a finalidade a qual, aqui, se propõe, ele poderia ser utilizado para resolver o problema em tese. Poder-se-ia ainda prever a intervenção da Administração Pública, a pedido do magistrado, do Ministério Público, Defensoria ou do próprio autor, para que fornecesse informações sobre a possibilidade de cumprimento da decisão judicial e o seu impacto no orçamento. Desse modo, as decisões seriam mais isonômicas – na medida em que todos os casos seriam resolvidos da mesma maneira – e mais justa – na medida em que ter-se-ia noção das possibilidades materiais, econômicas e financeiras do cumprimento daquela decisão. Ou seja, o magistrado, ao tomar a sua decisão, estaria melhor informado sobre todos os fatos.

CONCLUSÃO

Não se nega, e seria impossível de se negar, que um mínimo existencial deve ser respeitado e garantido pelo Estado. No entanto, esse mínimo não é absoluto. E, com isso, não se quer dizer que ele deve ceder diante de algum outro direito não essencial. Quer-se dizer que, quando confrontado com outro direito essencial, algum tem que ceder. O direito à saúde da bebê Sofia é essencial. O seu direito à vida deve ser garantido ao máximo. Mas esse máximo tem como limite os direitos das outras pessoas à saúde. E decisões de efeitos apenas *inter partes* não têm condições de serem tomadas afetando o país como um todo.

Essa é a problemática atual: como tomar decisões que garantam os direitos de todos indivíduos, e não só daqueles que recorrem ao Judiciário, e sem prejudicar de sobremaneira a coletividade. A solução apresentada no presente trabalho é a adoção de um instrumento semelhante ao incidente de coletivização das demandas judiciais, que, infelizmente, foi vetado. No entanto, isso não impede que um mecanismo semelhante seja previsto por outra lei e que, nesse caso, seja previsto especificamente para resolver a presente problemática.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOLSA FAMÍLIA. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 13 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. AgRg no RE 271.286. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 14 de março de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 de março de 2016.

CARTA CAPITAL. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/revista/874/quando-o-juiz-vira-medico-6392.html>>. Acesso em 26 fev. 2016.

G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/09/apos-parada-caraiaca-bebe-sofia-morre-nos-eua.html>>. Acesso em 26 fev. 2016.

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

NUSSBAUM apud WHITE, Stuart. *Social Minimum: The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum/>>. Acesso em 13 out. 2015.

UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/07/02/bebe-sofia-chega-aos-eua-para-fazer-transplante-pago-pelo-governo.htm#fotoNav=24>>. Acesso em 26 fev. 2016.

_____. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/04/10/bebe-sofia-passa-por-transplante-de-orgaos-nos-eua-apos-9-meses-de-espera.htm?debug=true>>. Acesso em 26 fev. 2016.

_____. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/08/24/governo-gasta-dez-vezes-mais-para-manter-bebe-sofia-no-hospital.htm?debug=true>>. Acesso em 26 fev. 2016.