

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

JUDICIALIZATION OF HEALTH AND THE RESERVE OF THE POSSIBLE

Daniel Augusto Sabec Viana¹

Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia

RESUMO

O artigo aborda sobre a saúde, como direito humano de segunda dimensão, que depende das prestações positivas do Estado para sua concretização substancial. Além disso, a saúde é garantida a todos, através das 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 a promoção da saúde, proteção e recuperação da coletividade. Outrossim, o artigo versa sobre a impossibilidade do cumprimento pelo Poder Público da política social de acesso universal à saúde, em especial para tratamentos com medicamentos órfãos que demandam altos custos, decorrente da utilização do princípio da reserva do possível, devido à indisponibilidade de recursos financeiros previamente inscritos no orçamento do Poder Público, para a cobertura de tais gastos. Por fim, o papel do Poder Judiciário em garantir, sobre tal confronto de valores, garantindo sempre o atendimento do particular em busca da garantia maior que é o acesso à saúde.

Palavras-chave: Saúde. Jurisdição. Reserva do possível.

ABSTRACT

The article addresses health as a second-dimension human right, which depends on the positive benefits of the State for its substantial implementation. In addition, health is guaranteed to all, through social and economic policies aimed at reducing the risk of disease and other injuries and universal and equal access to actions and services for health promotion, protection and recovery of the community. Moreover, the article deals with the impossibility of compliance by the Public Power with the social policy of

¹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2007), Pós Graduação pelo IBET em Direito Tributário, foi advogado responsável pela sociedade Sabec Viana & Coutinho Advogados Associados entre 2010/2017. Provido em dezembro/2017, como Oficial de registro com atribuição notarial no município de Fronteira, comarca de Frutal-MG, pelo concurso público de provas e títulos para outorga de delegação de Serventias Extrajudiciais de Registro e Notas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Email: daniel@asvc.adv.br

universal access to health, especially for treatments with orphan drugs that demand high costs, resulting from the use of the principle of reservation of the possible, due to the unavailability of financial resources previously enrolled in the budget of the Public Power, to cover such expenses. Finally, the role of the Judiciary in ensuring, on such confrontation of values, always ensuring the care of the individual in search of the greater guarantee that is access to health.

Keywords: Health. Jurisdiction. Reserve of the possible.

1 INTRODUÇÃO.

A saúde é direito social, sendo devida a todos de forma universal, competindo ao Poder Público, por sua vez, o dever de sua concretização, através de políticas sociais e econômicas de promoção da saúde e de proteção e recuperação da coletividade contra doenças, inclusive as mais raras.

Entretanto, é cediço que, por insuficiência de recursos financeiros no orçamento do Poder Executivo, se deixa de lado o cumprimento desse direito social, que depende da prestação do Estado, para que seja assegurado à coletividade.

Há muito se tem discutido nos precedentes jurisprudenciais e na própria doutrina, sobre a (im)possibilidade de o Poder Executivo se valer do princípio da reserva do possível, para subordinar a prestação da política social e econômica de promoção à saúde, em razão das limitações orçamentárias de disponibilidade de recursos pelo Poder Público.

O Poder Judiciário, legitima-se, então, no papel inafastável de socorro àqueles vulneráveis e portadores de doenças que necessitam do amparo do Estado, impondo a jurisdição em face da Administração pública obrigando-as ao cumprimento da política social e econômica da promoção universal e do atendimento às doenças mais raras, ainda que os custos para tal prestação estatal não estejam previamente disponíveis em orçamento do Poder Executivo, uma vez que na eventual colisão desses valores jurídico, deverá prevalecer o direito social à saúde.

2O DIREITO À SAÚDE.

A Constituição Federal de 1.988 dispôs no seu artigo 6º, que 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”.

Trata-se de direito fundamental que, para SARLET (2009, p. 25) ainda que o direito à saúde não se constasse positivamente no texto constitucional, ainda o seria um direito fundamental implícito, como ocorre no sistema jurídico alemão, isso porque salvaguardar o direito à saúde se dá também pela tutela conferida a outros direitos fundamentais, como a vida, a dignidade da pessoa humana, a proteção do meio ambiente.

Direitos sociais, como a saúde, reconhecem-se como direitos humanos, pois garantidos de forma livre “a toda pessoa, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” (art. 1º, da Convenção Americana de Direito Humanos (1969).

Para BONAVIDES (2005, p. 548) são classificados como direitos humanos de segunda geração “os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX”.

Diferentemente dos direitos humanos de primeira geração, caracterizados pela atuação negativa do Estado, em respeito às liberdades do particular (direitos de liberdade), já lecionava BOBBIO (1999, p. 63) que, “os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade”, justamente porque demandam a necessária prestação positiva do Poder Público em favor do cidadão, para que possam ser concretizados.

É nesse sentido que o art. 196 Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que a saúde é direito de todos, 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.

Assim sendo, a saúde é instrumentalizada em favor da coletividade, através das políticas públicas sociais que, conforme OLIVEIRA (2006, p. 251) são “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais sejam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

Entretanto, há determinados casos que as políticas públicas estabelecidas pelo Poder Público na promoção da saúde e na proteção e recuperação de indivíduos, por exemplo, portadores de raras doenças, que demandem a utilização de medicamentos “órfãos”, cujo custo econômico para o tratamento são geralmente de alto valor são ineficazes, para a concretização do acesso universal à saúde garantido pela Constituição Federal.

Lembrando que os medicamentos órfãos se destinam “à prevenção, diagnóstico ou tratamento de doenças muito graves ou que constituem um risco para a vida e que são raras”. Bem assim são designados como órfãos “porque, em condições normais de mercado, a indústria farmacêutica tem pouco interesse no desenvolvimento e comercialização de produtos dirigidos para o pequeno número de doentes afectados por doenças muito raras.”, de acordo com a EURORDIS (*RareDiseasesEurope*) associação sem fins lucrativos, que reúne 932 associações de doenças raras, de 73 países, que trabalham juntas para melhorar a vida dos 30 milhões de pessoas com doenças raras na Europa.

E se percebe em tais casos a ineficácia ao cumprimento da política pública de promoção da saúde e do devido tratamento ao indivíduo acometido por uma doença grave, pois há limitações orçamentárias configuradas pelas possibilidades de valores orçados para aquela política pública, conforme explana TORRES (2000, p. 110) “o relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético; o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário (...)”.

Então, limitar o acesso à saúde, às possibilidades do orçamento do Poder Público, é deixar de se reconhecer a efetividade do direito à saúde, que está conectado ao mínimo existencial, que decorre do próprio direito à vida e dignidade do ser humano, conforme trata SARLET (2010).

3IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE PELOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO PODER PÚBLICO.

A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado Democrático de Direito, no qual se funda o cumprimento à dignidade da pessoa humana (art. 3º), o estabelecimento no orçamento das despesas públicas necessárias ao custeio dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos.

Em face da regra contida no artigo 167, inciso II, da Constituição Federal é vedada a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, que, por sua vez, são rigorosamente estabelecidas no orçamento que é concretizado por três legislações infraconstitucionais: a) a Lei do plano plurianual; b) a Lei de diretrizes orçamentárias, e c) a Lei orçamentária anual, todas reclamadas pelo parágrafo 4º, do artigo 165 da Constituição Federal. Assim sendo, as políticas públicas devem estar previstas na Lei do plano plurianual e, inclusive, na Lei de diretrizes orçamentárias, eis que vedadas emendas na lei de diretrizes orçamentárias, quando incompatíveis com o plano plurianual (artigo 166, do parágrafo 4º, da Constituição Federal).

A própria Constituição Federal impõe limites formais a serem observados, acerca do orçamento público e a destinação das despesas públicas, quando por exemplo: (i) art. 212, obriga a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a aplicarem determinado percentual preestabelecido no referido dispositivo da receita na manutenção e desenvolvimento do ensino; (ii) art. 198, §2º, obriga à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a aplicarem anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre a receita pública; (iii) art. 100, que dispõe sobre o pagamento de precatórios das decisões judiciais transitadas em julgado.

Destaque-se que o descumprimento pelo Poder Executivo dos respectivos limites formais do orçamento e das despesas públicas geram a punição do seu chefe ao crime de responsabilidade, conforme previsão constitucional do inciso VI, art. 85.

Noutro vértice, ensina SCAFF (2005, p. 220) que além de limites formais, há limites materiais (originários dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito), engessando a liberdade do gestor público, quanto à destinação das despesas públicas “(...) não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador e muito menos o administrador não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem”.

Note-se que há verdadeira imbricação jurídica do orçamento público com a promoção das políticas públicas, como bem observa MANICA (2010) “Portanto, a noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado social que surge, por meio de políticas públicas – e do orçamento – a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social”.

Por sua vez, eventual inobservância pelo orçamento público a limites materiais, por exemplo, a promoção da saúde e o tratamento de pacientes com doenças raras (que derivam da dignidade da pessoa humana – que, aliás, é fundamento do Estado Democrático de Direito previsto no art. 3º da Constituição Federal) foi tratada por BUCCI (2006, p. 272), como ajusticiabilidade da política pública, que envolve duas questões: i) possibilidade de busca de provimento jurisdicional, por cidadãos ou pelo Ministério Público, a fim de se concretizar políticas públicas, e ii) mecanismo através do qual pode o Judiciário determinar a execução dessas políticas.

Contudo, OLIVEIRA (2006, p. 404) sustenta que a elaboração do orçamento e das respectivas previsões orçamentárias configurar-se-ia do crivo do Poder Executivo, não podendo sofrer a intervenção do Poder Judiciário: “Os Poderes têm seus limites e devem ser respeitados, descabendo ao Judiciário interferir na intimidade da decisão administrativa.”

Não é o que defende BONAVIDES (2003, p. 584) para quem, a partir do advento da teoria material da Constituição, o centro da gravidade dos estudos constitucionais se transportou da neutralidade típica do Estado liberal para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sobe a égide do Estado Social.

Noutras palavras, direitos fundamentais, quando colocados em risco, sob os limites de possibilidade econômicos do direito financeiro, não isentam o Poder Executivo de ser colocado no banco dos réus, sob a égide da divisão de competências dos Poderes.

Isso porque, para BONAVIDES (2003, p. 564) os direitos sociais de segunda geração, que durante algum tempo tinham baixa densidade normativa, não lhes reconhecendo a mesma auto-aplicabilidade que a teoria clássica conferia aos direitos de defesa (de liberdade), a partir da teoria material da Constituição, assumiram o seu papel de exequibilidade a auto-aplicabilidade.

A partir desse enfoque, se verifica que o “direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”(STF - [AI 734.487 AgR](#), rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010.)

Então, havendo o descumprimento pelo Poder público à concretização do direito fundamental à saúde, quando deixa de disponibilizar determinado medicamento “órfão” de alto custo ao cidadão, sob a justificativa do custo financeiro e o impacto sobre o orçamento público, há a possibilidade (e o dever) do Poder Judiciário implementação a política pública de acesso à saúde instituída pela Constituição e não efetivada pelo poder público.

Aliás, tal “judicialização da saúde” não se configura violação à separação dos Poderes e o relacionamento harmônico entre si, devido à própria auto-exequibilidade do acesso à saúde, como direito social e fundamental, que deve ser conferido ao indivíduo pelo Poder Judiciário, caso o Poder Executivo assim não o faça, pela própria inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988).

4A RESERVA DO POSSÍVEL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA À SAÚDE.

Diante disso, pacificado o poder-dever de o Poder Judiciário intervir no Poder Executivo para a implementação do cumprimento da política pública de promoção à saúde, inclusive para o atendimento dos tratamentos de maior custo com uso de medicamentos ‘órfãos’, a questão que se coloca em xeque é sobre o direito de o Poder público alegar em sua defesa o princípio da reserva do possível, como justificativa para a limitação do Estado no âmbito da efetivação de direitos fundamentais, afastando a concessão do direito social à determinado indivíduo em proteção da maioria.

Rememore-se que a origem do princípio da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) provém de decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, conhecida como *numerusclausus* de vagas em universidades.

Segundo a lição de MANICA (2010) a Corte julgou demanda proposta por estudantes que haviam sido admitidos em escolas de medicina em Hamburgo e Munique, diante da limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960, com fulcro no artigo 12 da Lei fundamental daquele Estado, segundo a qual “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e centro de formação*”. Ao decidir, a Corte condicionou o direito à prestação positiva do Estado – no caso de aumento do número de vagas na universidade – por encontrar-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.

SARLET (2001, p. 265) dispõe quanto ao princípio da reserva do possível, segundo a interpretação do tribunal alemão que:

“(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Ocorre que, no ordenamento jurídico pátrio, “a reserva do possível”, que mais assemelha-se ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, acabou por deturpar-se, como bem observou Fernando Borges Mânica (2001):

(...) a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente, em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Por sua vez, em trabalho que aborda o princípio da reserva do financeiramente possível e seus paradigmas num contexto sócio-constitucional luso-brasileiro, CARNEIRO FILHO (2011) reflete que a “reserva do financeiramente possível” é necessária, quando o Estado não possui recursos suficientes para ofertar todas as prestações relacionadas como direitos fundamentais sociais, devendo eleger aquelas que julga mais pertinentes de acordo com o momento”. Prossegue o jurista asseverando que por isso “existirão beneficiados e existirão preteridos”.

Critica ainda CARNEIRO FILHO a interferência do Poder Judiciário sobre o orçamento realizado pelo Legislador:

“Essa interferência, na maioria das vezes, significará a necessidade de relocação de verbas, retirando-se de outros setores para poder compor aquele inflado pelo Judiciário. Isso é prejudicial à separação de poderes, pois, se existem dois caminhos válidos para o investimento público, cabe ao Legislativo optar (sua função primordial), e não ao Judiciário, que sequer compreende, muitas vezes, o complexo mundo orçamentário e suas variantes não só contábeis, mas também políticas.”

É com nesse ponto de vista, que, a Súmula 241 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro dispõe “cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição”, ou seja, no sentido de permitir a utilização da reserva do financeiramente possível, quando do Estado não tem recursos suficientes para ofertar todas as prestações relacionadas como direitos fundamentais sociais.

Em contraposição à aplicação da reserva do financeiramente possível, CANOTILHO (2003, p. 481) defende que:

“os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”

Corroborando tal entendimento, a importante decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, vejamos:“(…) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana” (Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 938.642 rel. Ministro Celso de Mello, 2ª turma, j. em 17/05/2016).

A crítica de Gomes Canotilho aludida anteriormente sobre a reserva do financeiramente possível e a vinculação jurídica dos direitos fundamentais sociais à

existência dos cofres cheios de dinheiro também foi tratada por TORRES (2009, p. 110) que apontou a “desinterpretação da ‘reserva do possível’”:

“no Brasil, portanto [a reserva do possível], passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática.”

Também não deixa de ser pertinente a observação CUNHA (2011, p. 761) quanto à importação do direito estrangeiro ao ordenamento jurídico nacional de conceitos, em especial que disponham sobre o custo dos direitos fundamentais sociais, tal como é a reserva do possível: “de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes”.

A questão criticada por J. J. Gomes Canotilho em alusão explicada por Ricardo Lobo Torres quanto reserva do possível fática, ou seja, a (in)disponibilidade financeira do erário, que difere do conceito jurídico (quando não há o atendimento do custo daquele direito fundamental social pelo orçamento público), é conceituada também por Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou (2009, p. 93):

“Tem-se falado em duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a denominação, diz respeito à inexistência fática de recursos, ou seja, o vazio dos cofres públicos. A jurídica, por sua vez, corresponde à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo.”

Em reflexão às correntes interpretativas sobre o custo do direito fundamental social, em especial à saúde e a reserva do possível, como limitação da efetivação desses direitos, SARLET (2007, p. 189), faz brilhante apontamento sobre a “dimensão tríplice” da reserva do possível, onde se encontra tanto: a) reserva do possível fática – “disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais” –, quanto: b) reserva do possível jurídica – “disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias” –, e, por fim: c) “a 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.”

Quanto à proporcionalidade conceitua Justen Filho (1998, p. 118):

(...) a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si.

Portanto, se infere que para a correta aplicação do princípio da reserva do possível, como forma de limitação de direitos fundamentais sociais, especialmente à saúde e ao tratamento de doenças raras que demandem altos custos, é vedado do Poder Público se defender, tão somente com suporte na questão da “reserva financeiramente possível”. Veja, por exemplo, o seguinte posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

“(...) Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública a ensejar a adoção de medida excepcional de suspensão de liminar. (...) (SL 319/BA, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, data do julgamento: 28-10-2009, data da publicação no Diário: 05-11-2009, DJe-207)

Além disso, o Supremo Tribunal Federal igualmente já rechaçou a tese da discricionariedade do Legislativo elaborar o orçamento público e do Poder Executivo cumpri-lo, eis que o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, competindo do Poder Judiciário a implementação das políticas públicas:

“(...) A omissão dos réus em oferecer condições de saúde dignas aos portadores de transtornos mentais exigiu a intervenção do Judiciário, tal como solicitado pela União para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades locais no tocante a esse tema, ainda mais quando demonstrados os repasses do Executivo federal para a concessão desse mister.(...) Assim, contrariamente ao sustentado pelas agravantes, *in casu*, o Judiciário está plenamente legitimado a agir, sobretudo em benefício dos portadores de transtornos mentais, pessoas vulneráveis que necessitam do amparo do Estado. Prazo razoável fixado para a adoção de medidas de extrema importância para o atendimento dos portadores de

deficiência mental e a multa bem aplicada em patamar proporcional para estimular o cumprimento da obrigação, sem prejudicar a prestação pela parte ré de outras políticas públicas. ([ACO 1.472 AgR-segundo](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 1º-9-2017, Publicado em DJe:18-9-2017.)

Em compensação, o Supremo Tribunal Federal defendeu o Poder Público, isentando-o ao dever de fornecer a portador de doença rara medicamentos experimentais, sem o registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), estabelecendo regras excepcionais para o cumprimento dessa decisão, reconhecendo-se, portanto, a reserva do possível em favor do Poder Público, sob o prisma da proporcionalidade:

“(…) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. [[RE 657.718](#), rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 22-5-2019, P,[Informativo 941](#), Tema 500.]

Igualmente, sob o enfoque da razoabilidade e da proporcionalidade, que o Supremo Tribunal Federal dispôs quanto à impossibilidade de o Estado fornecer, sob sua própria expensa, o medicamento fosfoetanolamina produzido experimentalmente por laboratório clínico da Universidade Estadual de São Paulo (USP) no combate ao câncer, que, todavia não possuía estudos clínicos correspondentes que atestassem a sua efetividade no combate da neoplasia maligna:

É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora. Ante o quadro, defiro a liminar pleiteada para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, até o julgamento definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade. [[ADI 5.501 MC](#), voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 19-5-2016, P, *DJE* de 1º-8-2017.]

Em suma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a limitação da concretização do direito fundamental à saúde, inclusive o tratamento de doenças raras com medicamentos de alto custo, quando o Poder público descumpre seu

papel de implementador da política social e econômica da proteção à saúde, sob a justificativa da indisponibilidade de recursos financeiros.

A reserva do possível poderá servir de defesa ao Poder Público, quando a pretensão do particular for desproporcional a sua condição de saúde, ou seja, houver uma inadequação entre o custo a ser exigido do Poder Público e a própria efetividade daquele atendimento à saúde e recuperação do jurisdicionado.

5 CONCLUSÃO.

Pelo presente artigo, se pode concluir que, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 revela verdadeiro direito fundamental social à saúde, e o Poder Público não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos.

Nem sequer é devido aos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, visto que a todos os entes compete a promoção da saúde (art. 24, da Constituição Federal), a alegação que o direito à saúde, por ser direito de segunda geração, condicionado à previa prestação positiva do Estado, se trata de norma programática, sendo indevido à intervenção o Poder Judiciário no crivo do ato administrativo de elaboração do orçamento e destinação das despesas públicas.

Portanto, a judicialização da saúde é o remédio jurídico legítimo, àqueles que sejam preteridos pelo Poder público na elaboração das diretrizes orçamentárias e na execução das despesas públicas, devendo o Poder Judiciário obrigá-lo ao implemento da política pública social e econômica da promoção da saúde, inclusive no fornecimento de medicamentos ‘órfãos’ para doenças raras.

Os precedentes jurisprudenciais têm revelado, portanto a inaplicabilidade do princípio da reserva possível fática pelo Poder Público, como limitação à concretização do direito fundamental social à saúde, de sorte que, havendo o conflito entre o interesse financeiro do Estado, sobrepõe-se o respeito à vida e à saúde humana, limitado a situações em que o cumprimento da solicitação por determinados medicamentos pretendidos pelo particular em face do Poder Público se revelem desproporcionais às suas finalidades de atendimento à saúde e recuperação do paciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. 10. ed. Rio de Janeiro, Campus, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 13. ed, São Paulo, Malheiros, 2003.
- BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 12/10/2020
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e Políticas públicas. São Paulo. Saraiva. 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra: Almedina.
- CUNHA JR, Dirleyda. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- EURODIS, disponível em: <https://www.eurordis.org/pt-pt/medicamentos-orfaos>. Acesso em 12/10/2020.
- MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, mar/abr/mai 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=426>. Acesso em 13/10/2020.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo. RT, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 12/10/2020.
- SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática. São Paulo: Verbatim, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.
- Sarlet, I., & Figueiredo, M. (2007). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 1(1), 171-213. <https://doi.org/10.30899/dfj.v1i1.590>.

SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Bennete. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde. São Paulo: Instituto da Saúde: 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível mínimo existencial e direitos humanos. Interesse público. v. 7. nº 32, jul/ago 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, [ACO 1.472 AgR-segundo](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 1º-9-2017, Publicado em DJe:18-9-2017, disponível em: <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-8-capitulo-2-secao-2-artigo-196>. Acesso em 12/10/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 938.642 rel. Ministro Celso de Mello, 2ª turma, j. em 17/05/2016 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11064105>.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. v. 5. O Orçamento na Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Submetido em 14.10.2020

Aceito em 19.10.2020