



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO**

EDUARDO LOPES DE SOUSA

**A GARANTIA DE ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
VERSUS O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE
CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Salvador
2021

EDUARDO LOPES DE SOUSA

**A GARANTIA DE ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
VERSUS O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE
CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de
Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Durval Carneiro Neto

Salvador
2021

EDUARDO LOPES DE SOUSA

**A GARANTIA DE ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
VERSUS O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE
CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 09 de junho de 2021.

Banca examinadora

Durval Carneiro Neto – Orientador _____

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

Celso Luiz Braga de Castro _____

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

Fábio Periandro de Almeida Hirsch _____

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Todos especiais...

Ao Ser Superior pelo sopro da vida e pela saúde.

À Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, por ter proporcionado esta oportunidade tão grandiosa para minha existência.

Ao Prof. Durval Carneiro Neto, orientador, atencioso e com importantes contribuições.

Aos meus pais pelo incentivo constante.

À Naína, esposa, pelo apoio de sempre.

A Ronaldo e Renato, irmãos, pelo incentivo.

Aos/às meus/minhas amigos/as pela “torcida” de sempre.

Aos profissionais da UFBA, especialmente os lotados na Faculdade de Direito, que diretamente e indiretamente proporcionam o suporte necessário para a existência do Curso de Direito.

À Universidade Federal da Bahia, por meio da PROAE, pelo importante amparo à minha permanência na Universidade através do programa de assistência estudantil.

Ao serviço médico da UFBA, disponibilizado por meio do SMURB, por todo acolhimento.

Muito obrigado por possibilitarem esta experiência enriquecedora e gratificante, de grande importância para meu crescimento profissional e humano.

SOUSA, Eduardo Lopes de. **A GARANTIA DE ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE *VERSUS* O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL:** uma análise conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 64 fl. Monografia (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, o qual possui por tema “a garantia de acesso ao direito fundamental à saúde *versus* o Princípio da Reserva do Possível”, busca conhecer, por meio da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, gerada entre 2011 e 2020, se existe influência desse Princípio nos julgados da Corte suprema. O trabalho se configura por natureza exploratória, por meio da revisão de literatura e consulta à jurisprudência do STF. Assim, traçou-se por objetivo geral compreender se o Princípio da Reserva do Possível é ou não aplicado nas decisões do STF envolvendo pretensões de prestações positivas a cargo do Estado, concretizadoras do direito fundamental à saúde. Nessa perspectiva, os objetivos específicos foram delineados em identificar qual o entendimento da doutrina brasileira no tocante a aplicação do Princípio da Reserva do Possível aos casos de busca pela garantia de acesso ao direito fundamental à saúde por meio do Poder Judiciário, bem como analisar se esse princípio exerceu influência nas decisões judiciais do STF entre 2011 e 2020, ante aos pleitos de acesso ao direito fundamental à saúde. Esta monografia foi desenvolvida com base teórica nos autores que compõem sua bibliografia, consoante referências listada ao final, bem como por meio do estudo de casos, sendo, da jurisprudência do STF, dentro do marco de tempo mencionado. A jurisprudência foi selecionada em pesquisa no “site” da Corte, valendo-se das temáticas “acesso à saúde” e “reserva do possível”. Assim, a análise se deu por via da própria leitura do conteúdo presente nos julgados, gerando a confecção de textos com respostas, possibilitando ao final conclusão de que o Princípio da Reserva do Possível, não obstante restar demonstrada sua forte presença nos trabalhos de pesquisadores e doutrinadores brasileiros, não exerce influência nos julgados do Supremo Tribunal Federal, nos casos que possuem por objeto o acesso ao direito fundamental à saúde, conforme se pode constatar da análise dos julgados originados no espaço de uma década (2011/2020).

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Acesso à Saúde. Reserva do Possível. Supremo Tribunal Federal.

SOUSA, Eduardo Lopes de. **GUARANTEE OF ACCESS TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH VERSUS THE PRINCIPLE OF RESERVING THE POSSIBLE: an analysis according to the jurisprudence of the Supreme Federal Court.** 64 fl. Monography (University graduate) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

The gift Work of Completion of Course, which has by theme “guaranteeing access to the right fundamental to health versus the Reserve Principle of the Possible”, seek to know, through analysis the jurisprudence of the Federal Supreme Court – STF, generated between 2011 and 2020, if there is influence from that Principle in the judgments of Court Supreme. Work is configured by exploratory nature, through the literature review e consult the STF jurisprudence. Thus, the general objective was to understand if the Reserve Principle of the Possible is or is not applied in the decisions of the STF involving claims of positive benefits in charge of the State, materializing the fundamental right to health. In this perspective, the specific objectives were outlined in identifying what is the understanding of the doctrine regarding the application of the Principle of the Possible Reserves cases of search for guarantee access to the fundamental right to health through the Judicial Power, as well as analyzing whether this principle had a significant influence on the STF judicial decisions between 2011 and 2020, in view of the claims for access to the fundamental right to health. This monograph was developed on a theoretical basis by the authors who compose its bibliography, according to the references listed at the end, as well as through case studies, being, from the jurisprudence of the STF, within the aforementioned time frame. The jurisprudence was selected in a survey on the Court website, using the themes “access to health” and “reserve of the possible”. Thus, the analysis took place through the reading of the content present in the judgments, generating the making of texts with answers, enabling the final conclusion that the Principle of the Reserve of the Possible, despite having demonstrated its strong presence in the works of researchers and Brazilian indoctrinators do not have significant influence on the Supreme Federal Court's judgments, in cases that have access to the fundamental right to health, as can be seen from the analysis of the judgments originating in the space of a decade (2011/2020).

Keywords: Fundamental rights. Access to Health. Reserve the Possible. Federal Court of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
AMS	Autarquia Municipal de Saúde
CF	Constituição Federal
OMS	Organização Mundial da Saúde
RE	Recurso Extraordinário
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À SAÚDE NO BRASIL	
1.1 – Direitos fundamentais, origem e dimensões, e direito fundamental à saúde – considerações iniciais.....	12
1.2 – Previsões normativas de garantia de acesso à saúde no Brasil.....	19
1.3 – Judicialização do acesso à saúde.....	25
CAPÍTULO II – A RESERVA DO POSSÍVEL	
1.1 – Origem e conceito.....	35
1.2 – Posição da doutrina brasileira sobre a Reserva do Possível e sua aplicação no Brasil.....	38
CAPÍTULO III – ACESSO À SAÚDE <i>VERSUS</i> O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 2011 a 2020	
1.1 – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), de 2011 a 2020, <i>versus</i> o Princípio da Reserva do Possível.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58

INTRODUÇÃO

A garantia de acesso à saúde por meio do Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível são dois temas que assumiram grande importância no contexto social brasileiro atual; estando em contraposição um ao outro, consoante se encontra explicitado ao longo deste trabalho monográfico. Desse modo, o presente trabalho analisou a aplicação do Princípio da Reserva do Possível, originário da Alemanha, da década de setenta do último século, e sua influência nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) ante pleitos de acesso ao direito fundamental à saúde. Assim, foram examinados julgados da Corte no período de 2011 a 2020, ou seja, num espaço temporal de uma década.

Sabe-se que, no Brasil, o fato de termos um Sistema Único de Saúde (SUS) com graves deficiências, somado à própria escassez de recursos financeiros dos Entes Públicos, faz com que a prestação dos serviços de saúde à população esteja muito aquém do necessário. Essa realidade desencadeou na comum busca pela efetivação da garantia constitucional do acesso à saúde através de decisões do Poder Judiciário.

Nesse sentido, é também comum os Entes Federativos levantarem obstáculos aos pleitos de acesso à saúde sob o argumento central de que não há recurso financeiro suficiente para assegurar as demandas, objeto de conflito judicial. E, sob essa perspectiva, utilizam o Princípio da Reserva do Possível como fundamento principal em suas defesas.

Desta feita, foi possível traçar as balizas acerca da influência do Princípio da Reserva do Possível nas decisões do STF, de modo a assegurar a efetivação dos direitos e garantias constitucionais, vendo-se a Corte suprema chamada a decidir em pleitos que buscam o efetivo acesso à saúde. Assim, analisando a jurisprudência do Supremo ante casos em que foi discutido o acesso ao direito fundamental à saúde, tornou-se possível apresentar resposta ao problema de saber até que ponto o Princípio da Reserva do Possível, que, em síntese, sustenta que o cidadão só pode exigir do Estado e, indiretamente, da sociedade, aquilo que dentro de um padrão de razoabilidade se pode esperar, possui relevância para as decisões dessa Corte.

Dessa forma, ao final foi possível responder se o Princípio da Reserva do Possível é evidenciado com importância na jurisprudência do STF no período de 2011 a 2020, em casos envolvendo a busca por efetivo acesso ao direito fundamental à saúde. De modo que a busca por tal resposta ganha crucial sentido pelo fato de que, não obstante se tratar de uma garantia constitucional da ordem dos direitos fundamentais, o acesso do cidadão à saúde tem

enfrentado fortes barreiras, de modo que o Poder Judiciário passou a exercer fundamental importância na garantia desse direito. A participação do Judiciário tem sido tão expressiva que já se fala de um “fenômeno” denominado “judicialização da saúde”.

Por outro lado, o Poder Público, embargando o pleito quando interpelado na via judicial, tem apresentado frequentemente em sua defesa, e justificando a sua negativa, o princípio de origem alemã denominado de reserva do possível.

No tocante a ser um princípio, cabe destaque que não há consenso na doutrina, haja vista que para alguns se trata de uma teoria, enquanto, para outros, de um princípio, um postulado, ou, ainda, uma cláusula. Não obstante tal divergência classificatória acerca da reserva do possível, é incontroverso a sua vigência na seara jurídica brasileira, reforçando a crucial importância em analisar se esse princípio (filiamo-nos ao entendimento daqueles que defendem ser a reserva do possível um princípio) tem relevância prática no Brasil, no tocante à jurisprudência do STF.

Por uma questão de limite temporal, haja vista o tempo curto que se teve para desenvolver este trabalho monográfico, todavia, sem deixar de reconhecer a sua singular importância para o desenvolvimento do estudo, escolheu-se analisar a jurisprudência do STF, enfocando as decisões dessa Corte diante das demandas que envolveram o acesso à saúde no período de 2011 a 2020.

O marco temporal foi escolhido levando em consideração pesquisa prévia realizada no “site” da Corte, a qual permitiu ter o conhecimento de que seria preciso um espaço de tempo amplo, e a generalização das demandas no âmbito da saúde, para ser possível uma resposta consistente, haja vista que existem poucos julgados do STF envolvendo o assunto.

Desse modo, a pesquisa demonstra sua importância uma vez que permitiu, ao final, conhecermos se o Princípio da Reserva do Possível possui relevância no âmbito da Corte suprema, quando se trata da busca pelo acesso à saúde. Assim, nos deixa diante de uma importante conclusão a respeito de um dos principais argumentos utilizados pelo próprio Estado na negativa de acesso ao direito constitucional fundamental à saúde.

O presente trabalho tomou por objetivo geral compreender se o Princípio da Reserva do Possível é ou não aplicado nas decisões do STF envolvendo pretensões de prestações positivas a cargo do Estado, concretizadoras do direito fundamental à saúde. Nesse sentido, traçou os objetivos específicos em identificar qual o entendimento da doutrina brasileira no tocante a aplicação do Princípio da Reserva do Possível aos casos de busca pela garantia de

acesso ao direito fundamental à saúde por meio do Poder Judiciário, bem como analisar se o referido princípio exerceu influência nas decisões judiciais do STF entre 2011 e 2020, ante aos pleitos de acesso ao direito fundamental à saúde.

Valendo-se da metodologia da revisão de literatura, somada a análise de jurisprudência pertinente, esta monografia foi confeccionada rumo à resposta inquirida por força do seu objetivo central, qual seja, o de responder se o Princípio da Reserva do Possível exerceu influência nas decisões do STF ante aos julgados envolvendo o direito fundamental à saúde, no período compreendido entre 2011 e 2020.

No primeiro capítulo, discorreremos sobre os direitos fundamentais e acesso à saúde no Brasil. Mais detalhadamente, no tocante a origem e dimensões dos direitos fundamentais, bem como as pertinentes considerações iniciais sobre o direito fundamental à saúde, as previsões normativas de garantia de acesso à saúde no Brasil, e a sua judicialização.

Nesse sentido, apresentamos no segundo capítulo sobre o Princípio da Reserva do Possível, sua origem e conceito, e a posição da doutrina brasileira sobre a Reserva do Possível e sua aplicação no Brasil.

No terceiro capítulo, debruçamos sobre a análise da jurisprudência do STF, envolvendo a temática de acesso à saúde, gerada no espaço temporal de 2011 a 2020. Por fim, nas considerações finais, apresentamos os resultados alcançados com o presente trabalho.

CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À SAÚDE NO BRASIL

1.1 Direitos fundamentais, origem e dimensões, e direito fundamental à saúde – considerações iniciais

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como algo arraigado na história do ser humano, exercendo crucial importância para a própria convivência dessa espécie, podendo ser considerados, até mesmo, condição *sine qua non* para a existência da humanidade. Contudo, não obstante a não duvidável ligação desses direitos com a história humana, sua definição não é algo simples, enfrentando diversidade de entendimentos até a atualidade. Para Durval Carneiro Neto (2017, p. 29):

Falar em "direitos fundamentais" requer primeiro uma especial atenção no tocante à diversidade de terminologias empregadas para se referir substancialmente a essa classe de direitos, sem embargo do esforço da doutrina em apontar um critério unificador. Sendo variadas as nomenclaturas de que já se tem notícia, o principal enfoque dado pelos estudiosos do assunto envolve a essência dos direitos fundamentais como "direitos humanos" ou "direitos do homem".

O autor segue nos explicando que os direitos fundamentais e os direitos humanos são direitos identicamente positivos, contudo, os distinguindo pelo alcance da própria positivação. Assim, enquanto os direitos humanos são reconhecidos pela comunidade internacional, ligados a determinado contexto histórico, os direitos fundamentais são também direitos humanos, porém, os que vierem a ser incorporados pelas constituições de cada nação.

Dirley da Cunha Júnior compreende que os direitos fundamentais possuem uma histórica ligação com os valores mais importantes da convivência humana. Para o autor, sem esses, não seria possível nem mesmo a existência da sociedade.

Contudo, o referido autor (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 495) nos chama atenção para ao entendimento de que os direitos fundamentais, do modo como eles se apresentam na atualidade, qual seja, de forma resumida, “como princípios jurídico-constitucionais especiais que concretizam a dignidade da pessoa humana, surgiram com a criação do Estado Constitucional, no final do século XVIII, fruto do seu reconhecimento pelas primeiras normas constitucionais”. Conforme explica Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 496):

No estado de natureza, portanto, o primeiro sentimento do homem foi o de sua existência; seu primeiro cuidado, o de sua conservação. Contudo, ao se tornar sociável, o homem torna-se escravo, fraco, temeroso, rastejante, e sua maneira de viver, indolente e covarde, acaba por debilitá-lo. De livre e independente, passou a estar, em razão de novas necessidades, sujeito a toda

a natureza, sobretudo aos seus semelhantes, de quem num sentido se torna escravo, mesmo em se tornando seu senhor.

Porém, mesmo diante desse contexto, o homem não teria se deixado abater. Por meio de uma espécie de luta contra sua própria situação, esse ser encontrou saída. E, assim, está a gênese e evolução dos direitos fundamentais, sendo resultado de um processo, dividido em fases, “como os antecedentes, o reconhecimento, as declarações, a positivação constitucional, a generalização, a universalização e a especificação”. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 496)

Os homens sempre foram livres, todavia, com o surgimento do Estado, passou a existir uma série de limitações que retiraram essa liberdade em prol da garantia do convívio entre os mesmos, possibilitando, assim, a vida em sociedade. Nesse segmento, a interferência do Estado se tornou inevitável, uma espécie de “mal necessário”.

Nesse mesmo contexto, através do direito positivado, os direitos fundamentais são reconhecidos, e não originados, haja vista que sua existência acompanha, de certo modo, a da humanidade; ou seja, são direitos inatos. Assim, o Estado, por sua vez, apenas os deu uma “roupagem” através do ordenamento jurídico, em suma, os reconhecendo. Segundo Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 496):

Contudo, esses direitos, para poderem ser reconhecidos, efetivos e acatados, precisaram receber formulação jurídica adequada, o que veio a ocorrer por meio das “Declarações solenes” e, notadamente e num momento posterior, nas “Constituições políticas” de cada Estado.

Insta reforçar, portanto, que os direitos fundamentais foram apenas reconhecidos, ou seja, declarados, haja vista que já existiam, pois, a vigência de tais direitos independe do seu reconhecimento, não obstante compreendermos que sua positivação apresenta grande importância para serem recordados, organizados e cobrados do próprio Estado para que sejam efetivados.

Para Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 497), “a evolução dos direitos fundamentais acompanha o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos, assim como o progresso científico, técnico e econômico”. Para Sadraque Oliveira Rios (2019, p. 96), “a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos que ocupam posição basilar na situação jurídica dos indivíduos e coletivos em cada Estado e virgem em uma ordem jurídica concreta”.

Assim, pode-se compreender que a história da humanidade, com seu contexto de lutas do homem entre si, a exemplo das guerras, e até mesmo contra a natureza, especialmente

contra fatores como tempestades, frio, calor, entre outros, fez com que os direitos fundamentais fossem evoluindo. Em síntese, o próprio sofrimento físico e psíquico do homem, gerado, muitas vezes, pela ação desse ser contra seus semelhantes, forçam o desenvolvimento de tais direitos.

Dessa forma, configura-se os direitos fundamentais. Assim como surgem de forma gradual, vão evoluindo. Como não surgem todos de uma só vez, também não aparecem de uma vez por todas. Apesar de serem inatos, ou seja, umbilicalmente ligados à história da humanidade, transformam-se na medida da evolução também da própria história humana.

Os direitos fundamentais têm sido compreendidos e organizados doutrinariamente entre as chamadas dimensões ou gerações. Assim, tem-se os chamados direitos de primeira dimensão, sendo os direitos civis e políticos. Com o surgimento do rol de outros direitos como os direitos sociais, os mesmos configuraram os direitos fundamentais de segunda dimensão. São esses os direitos sociais, econômicos e culturais. Em seguida, surgiram os de terceira dimensão, estando relacionados ao ideal de solidariedade. Uma defesa dos direitos considerados como de todos, a exemplo do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na atualidade, consoante afirma Durval Carneiro Neto (2017, p. 33), já se fala em direitos fundamentais de quarta dimensão, sendo o “direito à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia”.

Contudo, não obstante a importância didática da apresentação anterior no tocante à evolução dos direitos fundamentais em dimensões, insta expor que não há consenso na doutrina sobre essas dimensões, sua ordem e quantidade. Assim nos orienta Durval Carneiro Neto (2017, p. 33):

Registre-se haver fundadas críticas a tal classificação dos direitos fundamentais, não havendo sequer uniformidade quanto ao número de gerações ou dimensões, as quais variam substancialmente a depender do doutrinador, o que torna, na opinião de Galdino, “a utilização da nomenclatura geracional, acaso desacompanhada dos devidos esclarecimentos, muito pouco informativa e, portanto, desaconselhável em sede científica”.

Para Lara Livia Cardoso Costa Bringel as dimensões dos direitos fundamentais diz respeito a uma classificação a partir da cronologia pela qual os direitos foram sequencialmente sendo reconhecidos constitucionalmente. A autora enfatiza que uma geração de direitos não substitui a outra, existindo um acréscimo entre elas. Assim, consoante Bringel, isso explica porque parte da doutrina prefere a denominação “dimensões”. Para a autora

(BRINGEL, 2017, p. 40), “não existe a ideia de sucessão de gerações, mas de um processo cumulativo e qualitativo, onde os direitos se fortalecem e se expandem à medida que a sociedade evolui e se transforma”.

A autora elucida que, doutrinariamente, os direitos fundamentais se dividem em cinco dimensões ou gerações, sendo os direitos de primeira dimensão ligados à liberdade, igualdade e fraternidade. Por sua vez, os direitos de segunda dimensão surgem apresentando e se caracterizando por uma preocupação com a coletividade. Para Bringel, são eles os direitos econômicos, sociais e culturais.

Nessa perspectiva, Bringel nos elucida que os direitos fundamentais de terceira dimensão são os denominados direitos de solidariedade ou fraternidade. Sendo, conforme Bringel (2017, p. 43), “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.

No tocante aos direitos fundamentais de quarta dimensão, a autora nos direciona para a compreensão de que a globalização na esfera da normatividade jurídica fez com que esses surgissem. Os quais correspondem “à fase de institucionalização do Estado Social e dependem da concretização da sociedade do futuro em sua dimensão de máxima universalidade”. (BRINGEL, 2017, p. 44)

Bringel nos apresenta ainda que há possibilidade da existência de uma quinta e sexta dimensão dos direitos fundamentais. Tratando-se a quinta do direito a paz. Contudo, a autora ressalta a incerteza sobre essa dimensão, tendo em vista encontrar-se em fase de reconhecimento, não tendo encontrado aceitação na doutrina a sua dimensão individual. Enquanto que a sexta, diz respeito ao direito fundamental à água potável.

Vanessa Rocha Ferreira nos orienta para a compreensão de que a Constituição Querétaro, do México, ano de 1917, bem como a Constituição de Weimar, da Alemanha, ano de 1919, foram responsáveis pela inclusão dos direitos sociais no rol de direitos constitucionais em diversos ordenamentos jurídicos. Assim leciona a autora (FERREIRA, 2019, p. 32):

Sabe-se que as Constituições de Querétaro (México, 1917) e de Weimar (Alemanha, 1919), do início do século XX, são um marco na ruptura com a concepção liberal existente até então, pois, passaram a influenciar o constitucionalismo em outros países, já que foi a partir dessas Constituições que os direitos sociais foram incluídos no rol de direitos constitucionais, nos mais variados ordenamentos jurídicos. O objetivo foi de proporcionar às

pessoas, condições materiais mínimas para que possam usufruir das liberdades que lhe foram asseguradas.

Ferreira (2019, p. 33) segue explicando que:

Previstos como direitos de segunda geração, a ascensão dessas garantias sociais ao *status* de direitos fundamentais teve inspiração nas teorias socialistas, preocupadas com a defesa da vida e da dignidade de toda a coletividade, já que o indivíduo passou a ser visto em sua dimensão social e não mais isoladamente.

Dessa maneira, vencidas as apresentações acima e as importantes considerações a respeito da falta de consenso no tocante à evolução dos direitos fundamentais, crucial se faz apresentar que, nos termos da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde faz parte do rol de direitos fundamentais, estando classificado, consoante a doutrina, entre os direitos de segunda dimensão. Conforme Joseane Ledebum Gloeckner (2013, p. 236), “os direitos sociais são direitos de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais), possuindo preponderantemente dimensão positiva e que têm por finalidade propiciar a todos o direito de participar do bem-estar social”.

Nesse sentido, discorrendo sobre a saúde como direito fundamental social, Gloeckner compreende que os direitos sociais abrangem direitos de prestações, tidos como positivos, e os direitos de defesa, caracterizados como negativos. Para a autora (GLOECKNER, 2013, p. 236):

Os direitos sociais, portanto, como os direitos fundamentais em geral, abrangem tanto direitos a prestações (positivos) como direitos de defesa (negativos). As normas consagradoras dos direitos de defesa, de regra, já receberam do Constituinte a sua eficiente normatividade e independem de concretização legislativa e, por isso, são mais facilmente reconhecidas como de aplicabilidade imediata e plena eficácia.

Gloeckner nos apresenta a compreensão de que para os direitos de defesa (negativos) não se aplicam os argumentos restritivos da aplicabilidade imediata dos direitos a prestações (positivos), apontando como tais argumentos a reserva do possível e a falta de legitimação dos tribunais para definirem o conteúdo e o alcance da prestação. Contudo, para a autora (GLOECKNER, 2013, p. 237), “não sendo o direito à saúde efetivado através de políticas públicas e prestado regularmente pelo Estado, o cidadão pode recorrer ao Judiciário para garantir esse direito”.

Insta arguir também que, não obstante a lei maior do País prever o acesso à saúde como direito da ordem dos direitos fundamentais, a nossa *Max Legi* não especifica o que está

contido nesse direito, ou seja, sua configuração para a ordem prática. Contudo, consoante a conceituação dada pela Organização Mundial da Saúde, por meio de sua Constituição, ano de 1946, “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Ademais, conforme acrescenta a Constituição (1946), “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.

Assim, não obstante a conceituação dada pela OMS, hoje aceita mundialmente, consoante explicação de Daniel Carlos Neto o conceito de saúde sofreu diversas intervenções ao longo do tempo, em especial nos últimos 100 anos. Desta forma, é a contribuição do autor (CARLOS NETO, 2018, p. 11):

O conceito de saúde sofreu diversas intervenções ao longo dos últimos 100 anos, pois foi conceituada a partir de diversas visões de mundo, numa construção social e histórica, saindo de um conceito simples de ausência de doença para um conceito amplo com várias dimensões, tais como biológica, comportamental, social, ambiental, política e econômica.

Ademais, consoante direcionamento de Daniel Carlos Neto, foi na Constituição Federativa do Brasil de 1988 que o direito à saúde veio se consolidar através do rol dos direitos sociais, artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Em igual sentido, para o autor a Lei 8.080 de 1990 também estabeleceu a saúde como direito fundamental do ser humano.

Sadraque Oliveira Rios elucida que “o resultado da maturação histórica brasileira tem sua culminância na proteção de um extenso catálogo de direitos fundamentais” (RIOS, 2019, p. 98). Contudo, o foco do presente trabalho monográfico, qual seja, o direito fundamental à saúde, encontra-se cristalizado no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Os denominados direitos sociais, integrantes da segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, assim, encontram-se dispostos no referido dispositivo constitucional: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988) Conforme Rios (2019, p. 100):

Quando o Constituinte apresentou o direito à saúde no rol de direitos sociais e, conseqüentemente, no de direitos fundamentais, explicitou sua orientação em reconhecer como bem jurídico a saúde e, mais que isso, como elemento estruturante da ordem de valores do Estado Democrático de Direito.

O citado autor (RIOS, 2019, p. 100) segue argumentando que:

Neste particular, a Constituição Federal brasileira de 1988 é paradigmática frente às anteriores, ao incluir os direitos sociais na categoria primordial de direitos fundamentais, revelando um compromisso do legislador originário em alcançar uma sociedade mais justa. Em destaque, a Constituição vigente foi a primeira a estabelecer a saúde como direito; além disso, promoveu a separação entre os direitos sociais e a ordem econômica, demonstrando, assim, que sua concretização não está subordinada de modo absoluto a conjunturas econômicas.

Para Carlos Neto é perceptível que o Brasil aderiu ao conceito de saúde de autoria da OMS no sentido da busca pelo completo bem-estar físico, mental e social, haja vista o comando do art. 3º da Lei 8.080 de 1990. Desta feita, consoante o referido dispositivo:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (BRASIL, 1990)

Nessa abordagem, é imperioso dispor, ainda que em breves linhas, sobre a existência de previsão normativa sobre a aplicação de recursos financeiros pelos entes federativos na área de saúde. Assim, nos termos da Lei n. 8.080 de 1990 os recursos financeiros do SUS serão depositados em conta bancária especial, em cada esfera de governo, movimentada pela respectiva direção, sendo controlada pelos competentes Conselhos de Saúde.

Desta feita, a Constituição Federal prevê que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão, anualmente, recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde. No caso da União, deve ser aplicado no mínimo 15% (quinze por cento) sobre a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. É o comando da Emenda Constitucional n. 86 de 2015. No tocante aos demais entes federativos, recorremos a cristalina exposição de Rios (2019, p. 154):

Os Estados aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos de sua competência tributária e daqueles recebidos da União concernentes à repartição do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados. Já os Municípios aplicarão, no mínimo, 15 (quinze por cento) da arrecadação de impostos de sua competência tributária, bem como sobre aqueles recebidos da União e dos Estados, conforme artigos 156, 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988) Finalmente, ao Distrito Federal aplicam-se as regras do Estado e do Município, conforme a natureza da respectiva receita, sendo que, caso o produto da arrecadação direta dos impostos não possa ser segregado em sabe estadual e em base municipal, aplica-se o percentual de 12%.. (BRASIL, 2012a)

Assim, percebe-se que o legislador, tanto o constituinte quanto o infraconstitucional, adotou precisão cirúrgica na proteção da saúde por meio da garantia de recursos mínimos a serem aplicados nessa área, sob pena de consequências jurídicas aos entes federativos e seus respectivos dirigentes em caso de descumprimento, bem como determinou a obrigatoriedade de conta especial para receber os recursos, possibilitando também à sociedade civil organizada realizar controle desses recursos por meio da participação nos Conselhos de Saúde. Além disso, resta a cargo de órgãos como tribunais de contas, Ministério Público, e os Poderes Legislativo e Judiciário zelarem pelo fiel cumprimento do dever de aplicação dos recursos referidos.

1.2 Previsões normativas de garantia de acesso à saúde no Brasil

As previsões de acesso à saúde à população brasileira, a ser garantida pelo Estado, vão desde de normas internacionais, às quais o Brasil é signatário, há normas internas, em especial com a Constituição Federal de 1988.

Conforme Maria Elisa Villas-Bôas, estando ao lado do direito à vida, nos dias atuais a saúde é reconhecida como um dos mais básicos direitos conferidos ao ser humano, sendo devido pelo Estado. Contudo, consoante a referida autora (VILLAS-BÔAS, 2014, p. 23), nem sempre foi assim:

Seja como direito reconhecido, seja como política pública, a proteção e a promoção à saúde passaram a se destacar já na idade contemporânea, mais precisamente após o século XVIII, com o desenvolvimento das políticas de medicina social, e no século XX, com o surgimento dos direitos sociais.

Carlos Neto compreende que esses direitos, os quais encontram-se positivados no ordenamento constitucional brasileiro, possuem por inspiração uma busca pela igualdade entre as pessoas. Consoante o autor (CARLOS NETO, 2018, p. 09), “no Brasil, antes disso, o Estado apenas proporcionava atendimento à saúde precário para a classe proletária com carteira assinada e suas famílias” . Desta feita, no plano internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, prevê, consoante seu artigo 25, que:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Nesse sentido, o Estado brasileiro segue o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 1992. Assim, no que diz respeito à saúde, conforme seu artigo 12, “os estados partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. (BRASIL, 1992)

O País também é seguidor do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de Protocolo de São Salvador, de 1999. Esse, por sua vez, determina por força do artigo 10 que “toda pessoa têm direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”. (BRASIL, 1999)

No âmbito interno, a instrução contida no relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada no ano de 1986, a qual serviu de base para o texto constitucional de 1988 sobre o tema, conforme explica Villas-Bôas, estabeleceu a saúde como “a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acessos aos serviços de saúde, é assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social”. Para Villas-Bôas (2014, p. 25):

O conceito de saúde mais conhecido atualmente é aquele dado pela Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo de sua carta de constituição, que associa a condição humana salutar não apenas à ausência de doença, de incapacidade ou de condições intrinsecamente patológicas (definição realmente tautológica), ou, ainda, à simples normalidade do funcionamento orgânico, mas a um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Nesse sentido, integrando o âmbito dos direitos sociais fundamentais, além da umbilical ligação com outros direitos fundamentais como a vida e a dignidade da pessoa humana, a saúde, com seu respectivo acesso, é uma garantia prevista na Constituição Federal de 1988, consoante artigo 6º, *caput*. Nos termos do seu artigo 23, inciso II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde. Em sentido semelhante, o artigo 24, inciso XII, da CF, dispõe que a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a proteção e defesa da saúde.

Ademais, por meio do artigo 196, a Constituição assegura a saúde como um direito de todos e dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Enquanto que o artigo 197 assegura as

ações e serviços de saúde como de relevância pública. Conforme exposição de Carlos Neto (2018, p. 10):

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 em vários de seus artigos, dentre esses o art. 6º, e 196 usque 200, trazem referências aos direitos e deveres concernentes à saúde. Neles está positivado o direito à saúde como direito fundamental, e está cristalizado formalmente o dever do ente público em provê-la e garantir o seu acesso universal e igualitário. O art. 196 da Constituição expõe entendimento, aceito plenamente pela doutrina e pela jurisprudência, de que o Estado é responsável pela proteção à saúde. E não apenas o Estado, mas também a população como um todo, encontra-se imbuída da realização, exigência e fiscalização de políticas sociais e econômicas conducentes à preservação da saúde. E mais, que tal direito deve ser universal e igualitário, respeitando a dignidade da pessoa humana”.

Para Vânia Agnelli Sabin Casal (2009, p. 75), “o texto constitucional trata não somente de um direito fundamental, mas de um dever do Estado. Os serviços de saúde devem ser prestados às populações rural e urbana de maneira integral, não sendo possível a seleção de necessidades prioritárias”. Somado a esse entendimento, Carlos Neto (2018, p. 23) explica que:

As normas são fundamentais para regular qualquer temática que diga respeito à coletividade, e entre essas normas não podemos deixar de observar as leis fundamentais, que são as de ordem Constitucional e, nesse particular, o Brasil que na sua história jurídica tem sete constituições, foi a atual Carta da República de 1988, que melhor normatização tratou o tema saúde.

Assim, dentro desse âmbito de previsão, a Constituição Federal de 1988 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), responsável por compreender todas as ações e serviços públicos de saúde em todo o território nacional, nos termos do artigo 198. Para Fabiola Sulpino Vieira (2020, p. 11):

Da leitura do texto constitucional, um aspecto do direito à saúde no País a ser destacado é o de que a sua garantia deve se efetivar mediante a implementação de políticas públicas não só de saúde, para garantir o acesso a ações e a serviços nesta área, mas de outras políticas sociais e econômicas, com o objetivo de reduzir o risco de adoecimento dos indivíduos. Aqui, nota-se o pressuposto de que a saúde é determinada por diversos fatores e que apenas a oferta de ações e serviços de saúde não é suficiente para que se alcance o maior nível possível de bem-estar físico, mental e social.

O constitucionalista Ingor W. Sarlet nos direciona ao entendimento de que, além de uma vinculação com o direito à vida, o direito à saúde está, conforme refere, umbilicalmente ligado à proteção da integridade física (seja corporal ou psíquica) do ser humano. De forma semelhante, é a doutrina de José Afonso da Silva (2004, p. 308):

E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

Nessa esteira, merece destaque, não obstante os trechos acima já apresentados sobre a temática, o cuidado que o legislador pátrio infraconstitucional teve em assegurar recursos públicos necessários à efetivação desse direito social fundamental. De modo que, através da Emenda Constitucional n. 29 (ano 2000), foi acrescentado o §2º, com seus respectivos incisos, ao artigo 198, sendo, assim, atribuído à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de aplicar recursos mínimos em ações e serviços de saúde. Os quais, sem qualquer dúvida, são cruciais para que o Poder Público, de um modo geral, garanta a efetivação desse direito, como preleciona Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 668):

A efetivação do direito social à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação. Assim, assisti ao titular do direito exigir judicialmente do Estado uma dessas providências fáticas, necessárias ao desfrute da prestação que lhe constitui o objeto.

Vejamos, assim, que, consoante o direcionamento do autor, a participação do Poder Judiciário na garantia de efetivação do direito social fundamental à saúde se faz de extrema importância, haja vista que, conforme acima exposto, o cidadão, titular do direito à saúde, encontra-se amparado na razão de exigir, pela via judicial, do Poder Público a sua prestação. E o Judiciário, por sua vez, não deixando de levar em consideração o parâmetro de razoabilidade, está incumbido de determinar ao Estado a realização de providências cabíveis para que seja possível o desfrute da prestação à qual o indivíduo se encontra necessitado.

Conforme Durval Carneiro Neto, os avanços sociais e econômicos no Brasil se iniciam na década de 1930. Porém, foi com a Constituição Federal de 1988 que houve opção política por ampliar o modelo de Estado Social no Brasil, direcionando-o para um Estado Democrático de Direito, tendo em sua essência um comprometimento com os direitos fundamentais.

Para André Ramos Tavares (2015, p.723), consoante ao texto constitucional, o “Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal

igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde”. Como supramencionado, o acesso à saúde é direito de todos, e de forma igualitária, sendo de responsabilidade do poder público dispor sobre sua organização. Diante do texto normativo constitucional, ficou sob responsabilidade dos entes federativos, dentro do rol de sua competência, dispor de tais serviços para os cidadãos.

Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios se organizam de forma colaborativa para assegurarem a garantia do supracitado direito social. Conforme exposição de Dirley da Cunha Júnior (2008, p.747), o direito à saúde, pertencente aos direitos sociais, faz parte dos direitos que “têm como propósito garantir um mínimo necessário a uma existência digna, traduzido na disponibilidade de recursos materiais indispensáveis à satisfação dos postulados da justiça social”. Ainda, o autor (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 747), preconiza que, “em razão disso os direitos sociais dependem, em regra, de prestações materiais positivas do Executivo e de providências jurídico-normativas do Legislativo”.

Ademais, falar em saúde no Brasil, de modo específico o objeto deste estudo, que é a saúde pública, mister se faz tecer comentários a respeito do Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse sentido, o texto constitucional trouxe a organização do Sistema nos seguintes moldes, consoante exposição de Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 628):

Salienta o art. 198 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

Ademais, o texto constitucional criou o SUS com financiamento de recursos oriundos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não excluindo outras fontes; é a dicção do § 1º do artigo 198. Assim, de acordo com a inteligência do artigo 200, além de outras atribuições, nos termos da lei, o SUS é competente para:

Art. 200, I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e

fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988)

Nessa órbita das previsões normativas de acesso à saúde, cabe destaque o comando do artigo 1º da Lei 8.080 de 1990, cujo prevê que “o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, 1990)

Nos termos do artigo 2º, da referida lei, “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Ademais, o parágrafo primeiro do citado artigo nos direciona ao entendimento de que o dever do Estado de garantir a saúde, consoante acima explícito, dá-se por meio da formulação e execução de políticas econômicas e sociais, as quais devem buscar à redução de riscos de doenças e outros agravos. Nessa mesma linha, o referido parágrafo primeiro ainda estabelece como dever do Estado o de criar as condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção da saúde, proteção e recuperação.

Assim, consoante disposto no artigo 4º desse mesmo diploma legal, o SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, os quais são prestados por órgãos e instituições públicas de nível federal, estadual ou municipal, da administração pública direta e indireta, bem como das fundações mantidas pelo Poder Público.

Entre os objetivos do SUS está o da “assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”, conforme disposto no inciso III, artigo 5º, da Lei 8.080. Ademais, a alínea “d”, do inciso I, artigo 6º, da Lei 8.080 prevê ainda que na área de atuação do SUS está inclusa a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Além disso, faz-se forçoso apresentar que, para Silva Neto (2006, p. 630), “os medicamentos indispensáveis para debelar a enfermidade devem ser fornecidos pelo Poder Público, sob pena de o direito à saúde não ser plenamente concretizado”.

Cabe destaque ainda que, para Silva Neto (2006, p. 308), o acesso à saúde se trata de um direito positivo que “exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas”. Sendo que, para o autor (SILVA NETO, 2006, p. 308), “o

não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão”.

Para Patrícia Cândido Alves Ferreira (2015, p. 36), os “direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Maior, lembrando-se que a Constituição tratou os direitos fundamentais sociais do artigo 6º como autênticos direitos fundamentais” (2015, p. 29). Ademais, conforme a mencionada autora (ALVES FERREIRA, 2015, p. 36), “o direito social à saúde também é apontado como decorrência do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, de modo que o direito à vida pressupõe o acesso ou o direito à saúde”. Assim, para Alves Ferreira (2015, p. 66):

O direito fundamental a saúde é paradigmático enquanto direito social cujo funcionamento pleno é protelado pelo Estado sob a invocação da “reversa do possível”. Por conseguinte, a exigibilidade do direito fundamental à saúde vem sendo gerida em larga medida pelos tribunais brasileiros, com base em jurisprudência inovadora que supre (não sem críticas) o provimento estatal.

Por força do considerável custo exigido para implementação e manutenção dos direitos sociais, o Estado (referido pela autora como neoliberal) passa a se apoiar na “reserva do possível”, construção de origem alemã, direcionando os direitos sociais para uma dependência, em resumo, da existência de reservas orçamentárias, explica Alves Ferreira. Para a autora, a escassez de recursos orçamentários não deveria jamais ser barreira para a efetivação dos direitos sociais. Sendo que esses deveriam ser tratados com atenção prioritária.

Villas-Bôas (2014, p. 230) expõe que mesmo nos dias atuais existe grande discussão no tocante ao nível de exigibilidade do direito à saúde, principalmente por envolver decisões políticas de alocação de recursos, “com todas as implicações materiais, financeiras, orçamentárias e organizacionais que as circundam”.

1.3 Judicialização do acesso à saúde

Sabe-se que, no Brasil, o fato de termos um Sistema Único de Saúde (SUS) com graves deficiências, somado à própria escassez de recursos financeiros dos Entes Públicos, faz com que a prestação dos serviços de saúde à população esteja muito aquém do necessário. Essa realidade desencadeou na comum busca pela efetivação da garantia constitucional do acesso à saúde através de decisões do Poder Judiciário. Desta feita, consoante lição de Rios (2019, p. 471):

A judicialização do direito à saúde pública é um tema repleto de controvérsias e se posiciona, atualmente, no centro de inúmeros debates

transversais – muitas vezes, isolacionistas – nos grupos de profissionais do Direito, gestores públicos, acadêmicos, profissionais da saúde e, mais vividamente, em membros da sociedade civil. Afinal, decidir sobre vida, saúde, doença e temas afins tornou-se pauta frequente no trabalho do juiz, em decorrência da natureza das crises jurídicas apresentadas ao Judiciário para solução, das pretensões vindicadas pelos sujeitos do processo e da amplitude do conceito que os próprios magistrados atribuem ao seu ofício.

Nesse sentido, é também comum os Entes Federativos levantarem obstáculos aos pleitos de acesso à saúde sob o argumento central de que não há recurso financeiro suficiente para assegurar as demandas, objeto de conflito judicial. E, sob essa perspectiva, utilizam a reserva do possível como fundamento principal em suas defesas. Assim, é o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover (2014, p. 13):

E se, de um lado, a realização do direito à saúde demanda elevados investimentos, de outro lado, os recursos públicos são limitados e escassos. A limitação dos recursos de que o Estado dispõe constitui-se, portanto, em limite fático à efetivação dos direitos fundamentais, de modo que sua efetividade estaria vinculada às capacidades financeiras do Estado.

Nessa esteira, a própria Constituição Federal de 1988 deixou uma espécie de “caminho” a ser “trilhado” na busca pela efetivação desse direito quando prevê, por meio do seu art. 5º XXXV, a chamada inafastabilidade da jurisdição, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Contudo, para autoras como Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte a judicialização da saúde no Brasil, cuja vem ocorrendo desde a década de 1990, tornou-se um problema. Inicialmente, era vista como uma importante inovação institucional, com origem na Constituição Federal de 1988, explica as autoras. Todavia, argumentam que a ampliação das ações judiciais para a prestação do direito à saúde tomou características as quais denominam de epidêmicas.

Adotando uma postura crítica diante dessa temática, as autoras compreendem que há uma banalização dos problemas e respostas. Para elas, por força da rotina de liminares assegurando a entrega de “todo e qualquer medicamento e providência requerido”, qualquer medida ofertado no âmbito do SUS, mesmo sendo ela tomada de celeridade e razoabilidade, tende a ser compreendida como uma espécie de competição do verdadeiro direito da pessoa interessada. Acrescentam, as mencionadas autoras (BUCCI e DUARTE, 2017, p. 39), que se trata de “o direito à saúde de uns opostos ao direito à saúde de muitos”.

Com uma linha de raciocínio semelhante, Ada Pellegrini Grinover ressalta que, no Brasil, a defesa dos direitos sociais tem sido abordada dentro da órbita dos direitos humanos.

E o Poder Judiciário, por sua vez, passou a ser um dos principais atores políticos, “modelando decisões políticas e econômicas que antes eram tomadas apenas por chefes do Executivo e legisladores”. (GRINOVER, 2014, p. 16) Conforme Grinover (2014, p. 18):

Pesquisas empíricas voltadas ao mapeamento deste processo de judicialização dos direitos sociais no Brasil apontam que a atuação do Judiciário produz efeitos irracionais nas políticas públicas e no orçamento público e, ainda, que a individualização das demandas termina por favorecer aqueles com mais fácil acesso ao Judiciário, ou seja, a classe média e, portanto, não conduz a uma efetiva transformação social.

Desse modo, defende a doutrinadora que a efetivação do direito à saúde depende da estruturação e promoção de políticas públicas sob responsabilidade do Estado. Contudo, podendo ser o controle de legalidade e da adequação dessas políticas realizados pelo Poder Judiciário, no caso de ser provocado, e sempre posteriormente. Por outra via, faz salutar trazer a compreensão de Ferreira (2019, p. 35), a qual segue em linha diferente:

Assim, o regime democrático adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro legitima a sociedade a fiscalizar o exercício do poder Estatal, para que sejam respeitados os ditames constitucionais, as prioridades básicas da população e, por conseguinte, os direitos fundamentais, sem desperdícios ou desvios de verbas públicas. Tal postura legitima o judiciário a analisar a compatibilidade das opções feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo com a Constituição.

Para Patrícia Ribeiro Brito, nas décadas mais recentes, as intervenções do Poder Judiciário na gestão da saúde se intensificaram, formando jurisprudência que segue no sentido de responsabilização dos entes federativos ao cumprimento de modo imediato do dever do Estado de prestar assistência à saúde individual, em observância ao comando Constitucional de integralidade, universalidade e gratuidade. Para a Autora (2017, p. 214), “o protagonismo do Poder Judiciário em tempos mais recentes tem sido diferente dos acontecimentos do passado. Ele está voltado não apenas para o controle da legalidade, mas atua como meio de garantir os direitos dos cidadãos”.

Brito acrescenta que, apesar de a judicialização não deixar de ser um confronto com os poderes Executivos e Legislativo, é, por outro lado, perfeitamente compatível com os princípios democráticos e republicanos, contribuindo para o seu aperfeiçoamento, enfatiza.

Luíz Roberto Barroso, diante do que ele chama de judicialização da vida, expõe que está havendo uma transferência de poder para juízes e tribunais, gerando alterações importantes na linguagem, argumentação e no modo de participação da sociedade. Para o doutrinador, esse “fenômeno” possui causas múltiplas, sendo algumas delas expressão de uma tendência mundial, outras estão diretamente ligadas ao modelo institucional brasileiro.

Ademais, para esse jurista, a judicialização no Brasil é um fato que decorre do modelo constitucional adotado em nosso País, não sendo, assim afirma, uma atividade deliberada de vontade política. Consoante Barroso (2008, p. 06), “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”.

Conforme Vieira, de modo geral, a compreensão sobre judicialização da saúde, contra os entes das três esferas de governo, “a partir dos achados de diferentes estudos”, deixam como entendimento que existe um aumento das demandas movidas contra o poder público, bem como elevado número de demandas individuais. Para a autora, é grande o êxito obtido pelos autores dessas demandas.

Para Guaraci Bragança Bittencourt, a produção acadêmica existente, oriunda de estudos com a temática judicialização da saúde, tem compreendido que a reivindicação pela via judicial de ações e serviços de saúde resulta do modelo de Estado Democrático e deve ser considerado como um instrumento legítimo para a efetivação da garantia constitucional do direito à saúde. Para a Bittencourt (2016, p. 116):

Neste sentido a judicialização é aliada do SUS, por sinalizar as deficiências e estimular a reflexão para novas políticas, além de instrumento que reforça o Estado Democrático em que vivemos porque viabiliza a grupos minoritários e vulneráveis o devido acesso à saúde.

Contudo, Bittencourt defende existir polarização na própria produção acadêmica sobre a judicialização da saúde. Explica que, por um lado, há compreensão direcionando que este “fenômeno” se faz obstáculo para a concretização do direito à saúde, no seu formato de direito coletivo, porém, por outra perspectiva, o referido “fenômeno” é visto como um meio de ampliação da cidadania e fortalecimento da democracia.

Na dicção de Saulo José Casali Bahia, se existe um direito a ser assegurado, não há porque isso não ocorrer. Para o autor, é papel do Judiciário assegurar direitos fundamentais exigíveis. Direitos esses, explica Bahia, cuja negativa de sua concretização pelos demais poderes gera, conseqüentemente, uma omissão culposa e juridicamente indevida. Para Bahia (2019, p. 151), “todavia, não se pode se deixar levar por uma ingenuidade positivista e acreditar que a mera positivação de algum direito no texto constitucional baste à sua justiciabilidade. Nem todos o são (justiciáveis ou exigíveis)”.

Contudo, não obstante realizar essa ressalva, conforme Bahia (2019, p. 151), “por outro lado, não se pode se deixar levar por uma indiferença à positividade e acreditar que não há direitos fundamentais a efetivar ou omissões inconstitucionais a se corrigir”.

Bucci e Duarte defendem que, em cada caso concreto, são apresentados ao Judiciário, por força de uma demanda, apenas reflexos, parcelas, aplicações de uma política pública. Mas, o que as autoras chamam de racionalidade dessa política, deve ser buscada no âmbito do Poder Executivo, argumentam. Sendo a ausência dessa medida uma espécie de problema, assim nos fazem compreender.

Nessa perspectiva, nos direcionam Bucci e Duarte (2017, p. 41) no sentido de ser necessário assimilar as informações de origem, em especial do Poder Executivo, para, assim, ser possível a compreensão a respeito de uma determinada política pública, “sua existência, conformação e adequação”.

Seguem Bucci e Duarte com a linha de raciocínio explicando que, no sistema presidencialista, o Poder Executivo é responsável pela direção política do governo, bem como pela gestão da “máquina administrativa”, a qual dá “impulso e execução às políticas públicas”. Assim, entre as importantes iniciativas de competência dessa esfera está a de caráter normativo regulamentar, sendo, na visão das autoras, subestimadas nas análises jurídico-acadêmicas. Ademais, Bucci e Duarte (2017, p. 41) tesem crítica no sentido de que, apesar de haver “interesse pelo controle da discricionariedade administrativa, é limitada a atenção às possibilidades que o manejo do poder normativo do Poder Executivo pode conferir à realização de direitos”.

No caso da política de assistência farmacêutica, principal objeto da massificação da judicialização de que aqui se trata, uma das teses deste ensaio é que a ausência de um discurso uno e coeso para explicar as políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos em questão nas demandas judiciais se associa à dificuldade de apreensão de seu sentido pelo Poder Judiciário. (BUCCI e DUARTE, 2017, p. 41)

Assim, além dos pontos apresentados no trecho acima, para as autoras outros agravantes são a falta de articulação dos gestores de saúde e das próprias esferas governamentais. Tudo isso faz com que torne incompreensível a expressão do direito da coletividade à saúde, ou seja, consoante Bucci e Duarte (2017, p. 41), “sem institucionalidade do direito à saúde, cuja maior responsabilidade recai sobre o Poder Executivo, franqueia-se o campo aos indivíduos, tanto os demandantes quanto os juízes e juízas, para que cada um o interprete à sua maneira”.

As autoras deixam evidente a compreensão da ausência de organização dos parâmetros entorno das políticas públicas de saúde, para serem o mais transparente possível, e evitar entendimentos diversos a seu respeito, o que contribui para a judicialização dessas por indivíduos objetivando ter acesso ao seu conteúdo, sempre que há alguma negativa. Esse, não se interessa, ou talvez não consiga compreender, todo o contexto por trás daquela política pública específica, mesmo que talvez isso não mudaria o cenário de demandas judiciais. A mesma crítica é direcionada aos julgadores. Contudo, ressaltamos que as autoras direcionam a responsabilidade por tal resultado ao próprio ente criador da política, o Poder Executivo.

Dessa forma, diante das ideias apresentadas, resta por evidente que mesmo sendo a judicialização da saúde um aparente problema no Brasil, em especial para o Poder Judiciário, por força do volumoso número de processos desse patamar, bem como para o Poder Executivo, haja vista interferir na condução de políticas públicas e na administração do orçamento da saúde, compreende-se que, de modo geral, os autores tendem a concordar com ela, principalmente por ser a principal via capaz de assegurar o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto.

No tocante ao posicionamento judicial, em especial do Supremo Tribunal de Federal, Daniel Wei Liang Wang, já em trabalho publicado em 2008, apontava que a jurisprudência dessa Corte, no que diz respeito ao acesso à saúde, estava passando por importantes mudanças. Indicando, *in casu*, que até a Suspensão de Tutela Antecipada 91 (STA 91), de 02 de 2007, em todas as decisões analisadas em sede da pesquisa foram concedidos o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. Wang chama atenção para o fato de não ter havido sequer um voto divergente nas decisões. Conforme o referido autor (WANG, 2008, p. 544), “portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico”.

Wang ressalta que até a STA 91, ou seja, o ano de 2007, o STF, em regra, concedia o pedido de medicamento sem maiores considerações no que diz respeito à escassez de recursos, custos que há os direitos ou no tocante à reserva do possível. Mas, com o referido julgado, inicia-se uma mudança de entendimento na Corte, de modo que, nos autos da STA 91, configurou a primeira decisão que compreendeu pela não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pleiteado, sob o argumento “da limitação de recursos e da

necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas”. (WANG, 2008, p. 549)

Todavia, não obstante a importância da conclusão chegada por Wang, consoante apresentada, no tocante ao posicionamento posterior do STF, diante do tema aqui debatido, será apresentado ao logo desse trabalho, especificamente com o desenvolvimento do “capítulo III”, bem como nas conclusões desta monografia. Assim, saberemos como tem sido as decisões mais recentes da Corte ante aos pedidos de acesso ao direito constitucional à saúde por meio de pleitos de medicamentos, procedimentos médicos, entre outros. Desta feita, será possível constatar se o STF seguiu com a linha de entendimento traçada por meio da STA 91, ou retornou a se posicionar no sentido que mantinha até julgar a citada STA.

Para Gabriela Soares Balestero, o julgador, ao decidir diante de um caso envolvendo o direito de acesso à saúde, enfrenta o conflito de ter que extrair da norma constitucional sua máxima eficácia jurídica. Todavia, essa extração, conforme explica a autora (BALESTERO, 2011, p. 142), não pode ultrapassar os limites que lhe são impostos, devendo levar em consideração o questionamento do que seria “o mínimo existencial, ou seja, as condições mínimas para sua existência digna, e a “reversa do possível””.

Conforme entrevista realizada por João Guilherme Biehl *et al* (2009, p. 158), “diversos defensores públicos e juízes que lidam com casos de direito à saúde dizem que estão respondendo a falhas do Estado para prover tratamentos necessários”. O trabalho dos autores revelou ainda que “juízes também admitem uma falta de competência técnica para tomar decisões bem-informadas de modo consistente”. (BIEHL *et al*, 2009, p. 158).

Debruçando sobre a temática impactos da judicialização da saúde na gestão pública, Daniel Carlos Neto defende a existência de considerações polêmicas da ação judicial e a sua interferência no orçamento do Executivo. Pois, para o autor (CARLOS NETO, 2016, p. 03), “envolve tomada de decisões técnicas que o Judiciário estabelece para as alternativas de tratamento e de remédios os quais precisam ser fornecidos pelo Poder Público, sem a necessidade de deter o específico conhecimento”. Acrescenta ainda Carlos Neto (2016, p. 03) que:

Com base no exposto, percebe-se que os magistrados não têm dado tanta relevância aos princípios orçamentários nem aos impactos causados pelas suas decisões. Além disso, cabe ressaltar que quando há a consideração quanto aos fundamentos, há uma tendência em não conceder à ação, provimento.

Para Daniel Carlos Neto, os impactos gerados na gestão pública pela judicialização da saúde resulta em instabilidade orçamentária, gerando também o que o autor chama de deformidades entre a distribuição dos recursos em relação ao planejado pela Administração Pública. Para além disso, Carlos Neto argumenta haver distorções na administração das políticas públicas. Ainda, para o autor, quando se leva em consideração esse fato, pode-se compreender a judicialização como negativa, porém, reconhece como não democrático haver separação do controle judicial das situações que envolvem as políticas públicas. Pois, conforme defende, por força do princípio do acesso à justiça, não faz parte do dever dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário determinar questões as quais estariam isentas do controle judicial, dificultando, assim, o próprio direito de ação.

Consoante Carlos Neto (2016, p. 04), “os impactos causados pela judicialização da saúde na gestão pública são diretamente no orçamento público e financeiro, pois o que se verifica é grande e contínuo aumento de ações judiciais para se conseguir o fornecer à demanda individual, os remédios pelo estado”.

Em trabalho intitulado “Judicialização da Saúde – Dificuldades e Limites dos Juízes para Tomada de Decisões Judiciais e a Efetividade da Criação dos Comitês Estaduais de Saúde, Daniel Carlos Neto et al (2018, p. 05) apresentam o seguinte entendimento:

No decorrer deste estudo foi possível observar que embora o Brasil tenha avançado muito na atenção à saúde após a Constituição Federal de 1988, e, sendo motivo de elogio por parte de outros países e Organismos Internacionais de Direitos Humanos, as questões pertinentes a orçamentos e gestões ainda são uma grande problemática deste que se consagrou como sendo um dos maiores sistemas de saúde do mundo.

Assim, para os autores, tais problemas, os quais acreditam ser cada vez mais frequentes, são responsáveis pelo surgimento de uma série de demandas, fazendo com que a judicialização da saúde passasse a ser uma problemática apontada pelo Conselho Nacional de Justiça, e pelos juízes no tocante às dificuldades enfrentadas na tomada de decisões por força de suas limitações. Ademais, argumenta Carlos Neto et al (2018, p. 05) que “outra questão que ficou clarificada neste contexto é de que apesar do Estado reconhecer o direito à saúde, não deixou claro, quanto as formas de atuação do Estado, ou seja, se estes direitos deveriam ser considerados de forma limitada ou ilimitada”.

Bringel argumenta ser possível a compreensão de que a judicialização da saúde e, com ela, a intervenção do Poder Judiciário, tem gerado uma melhoria direcionada à efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, para a autora, o Judiciário exerce papel de fundamental

importância para o direito social à saúde se tornar efetivo. Assim, segundo Bringel (2017, p. 104), “pois se não é de sua competência instituir políticas públicas, evidente é a sua responsabilidade de verificar o alcance ao acesso universal e igualitário pelos cidadãos”. A autora em comento (BRINGEL, 2017, p. 105) expressa que:

Todos os entes federativos tem sua parcela de responsabilidade na concretização do direito à saúde. Cabe ao gestor público a implementação de políticas públicas e alocação de recursos financeiros suficiente para suprir as necessidades ligadas a preservação da dignidade da pessoa humana e à vida. Se assim acontecesse, não teria motivo para a judicialização de nenhum direito.

Assim, a autora reforça sua compreensão sobre a importância da atuação do Poder Judiciário expondo ser ela crucial para o direito à saúde ser concretizado, haja vista se tratar de um direito fundamental, diante do qual o seu não cumprimento pode resultar em violação da dignidade da pessoa humana, bem como a existência de um mínimo legal. Desse modo, Bringel defende que argumentos como o da insuficiência de recursos do ente público frente a necessidade de efetivação do direito à saúde, uma vez que, no caso do mesmo sobressair, o direito tutelado carecerá de ser alcançado por meio da “prática do fenômeno “judicialização da saúde””, isso por força da primazia da dignidade da pessoa humana e, igualmente, como proteção do direito à vida. Ainda sobre o raciocínio da autora, mister se faz apresentar o seguinte:

Expostos os problemas que passa a saúde pública pátria, tem-se como judicialização clássica o mecanismo onde uma pessoa ou um grupo de pessoas, ao se deparar com a ineficácia de seu direito ora trabalhado, seja por omissão ou por ação estatal, pode ingressar com uma ação no Poder Judiciário demonstrando a lesão sofrida ou a ameaça de lesão, buscando assim, alcançar a efetivação de seu direito, ou no caso de um ato ilícito causador de um dano irreparável, pleitear por meio do direito de ação uma indenização. (BRINGEL, 2017, p. 112)

Fábio Ferreira Mazza e Áquilas Nogueira Mendes nos trazem a compreensão para o fato de que a saúde, enquanto direito fundamental social, enfrenta uma questão tida pelos autores como muito importante, qual seja, o que eles chamam de o “problema da exigibilidade individual e coletiva desse direito”. Nesse sentido, expõem:

Há quem questione a individualidade dos direitos sociais como argumento para se reduzirem as demandas judiciais, a chamada judicialização das políticas públicas. No entanto, não se trata de uma opção preferencial pela exigibilidade individual dos direitos sociais perante o Poder Judiciário, mas sim de se otimizar a proteção e a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Nesse sentido, a exigibilidade coletiva desses direitos através de

uma tutela coletiva, alargando assim a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas seria o mais adequado. (MAZZA e MENDES, 2014, p. 47)

Dessa forma, para os autores, ante a condição de ser os direitos sociais individuais e coletivos ao mesmo tempo, não pode o individualismo ferir o coletivo, tão pouco o contrário ocorrer. Argumentam Mazza e Mendes (2014, p. 47) que “entretanto se conflitos houver entre direitos ou garantias fundamentais, deverá o judiciário utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, equilibrando os bens jurídicos conflitantes e evitando o prejuízo de uns em relação aos outros”. Para os autores, dessa maneira haveria uma redução a respeito da proporção de alcance que possui cada direito (individual e coletivo). Assim, estaria buscando o verdadeiro significado da norma, bem como objetivando haver harmonia do texto da constituição com a finalidade principal que esse possui.

Ferreira compreende estar na efetividade do direito à saúde a forma de resguardar o respeito à dignidade humana, seja ela de nível individual ou coletivo. Assim, para a autora (FERREIRA, 2019, p. 116), “tal direito não pode deixar de ser realizado pelo Estado, já que está inserido no conjunto de garantias que se entende ser, no mínimo necessário, para que todos tenham acesso a uma existência digna”.

CAPÍTULO II – A RESERVA DO POSSÍVEL

1.1 – Origem e conceito

Na atualidade, pode-se extrair duas grandes temáticas que envolvem o acesso ao direito constitucional à saúde. A primeira, trata-se da comumente chamada judicialização da saúde, conforme discorrido acima, e a segunda é refere à reserva do possível. Assim, enquanto a primeira perfaz principalmente na constante busca dos cidadãos pela garantia de acesso à saúde por meio de decisões judiciais, a segunda nada mais é que o argumento frequentemente utilizado pelo Estado em oposição à prestação individualizada (daquela demanda específica apresentada ao Judiciário) ao postulante por sua efetivação. Essa linha de raciocínio encontra filiação ao pensamento de Ingor W. Sarlet (2013, p. 590):

O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo (individual ou mesmo coletivo, a depender do caso) a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental, ou seja, como trunfo contra a maioria, muito embora com isso não se esteja a sustentar que o direito à saúde possa ser considerado como um direito ilimitado a qualquer tipo de prestação estatal.

Conforme se depreende do texto, Sarlet está a sustentar que o direito à saúde possui uma especial proteção por força de ser uma garantia constitucional da ordem de direito fundamental, e com isso há necessidade das prestações que tornam esse direito concreto. De tal modo que, para o autor, chega a configurar também um direito, o qual ele chama de originário, a prestações. Todavia, ressalta Sarlet que esse direito não gera um direito ilimitado a qualquer tipo de prestação estatal. E, nesse ponto, é possível percebermos uma ligação com a reserva do possível, haja vista, em síntese, sua ideia central da impossibilidade de o Estado fazer mais do que esteja ao seu alcance, ou mais que o razoável de se exigir dele.

Assim, adentramos na chamada reserva do possível; discussão de origem alemã, da década de 70, do último século, passando a exercer influência dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Esse argumento surge a partir de importante decisão do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht), datada de 18 de junho de 1972, em um caso tido como *numerus clausus*. Na ocasião, fora discutido o direito de acesso ao ensino superior e a limitação de número de vagas nas universidades públicas do Estado Alemão. Assim é o direcionamento de Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 668):

O argumento da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) teve origem, no início da década de 70, em conhecida decisão do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht), proferida em 18 de junho de 1972, no caso *numerus clausus* (BVerfGE33,303), em que se discutiu o direito de acesso ao ensino superior e a limitação de número de vagas nas universidades públicas alemãs.

Para Durval Carneiro Neto (2017, p. 162), “pode-se afirmar que a reserva do possível é uma categoria da ciência jurídica cuja criação deu-se por influência de um princípio clássico da ciência econômica, qual seja o princípio da escassez”. Ou seja, uma influência econômica no surgimento do conceito de reserva do possível. Consoante explicação do autor (CARNEIRO NETO, 2017, p. 163), “a essência do fenômeno econômico está na administração de bens escassos, tendo o conceito científico de Economia sido construído a partir do elemento escassez, enquanto fenômeno social sempre presente em qualquer agrupamento humano e em todos os tempos”. Assim compreende Durval Carneiro Neto (2017, p. 165):

Não obstante se possa localizar ainda na Antiguidade ou na Idade Média antecedentes remotos da influência do princípio econômico da escassez no Direito, a doutrina constitucionalista costuma destacar que o argumento jurídico da reserva do possível, nos moldes como hoje o compreendemos, foi inaugurado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1972, ao se decidir o caso *numerus clausus* (BVerfGE 33, 303), no qual se questionou o número insuficiente de vagas no curso superior de Medicina, tendo a Corte, naquela ocasião, recusado a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade de vagas necessária a atender a todos os indivíduos interessados.

No caso julgado pela Suprema Corte Alemã, consoante exposto acima, não obstante ter havido reconhecimento da existência de direito de acesso ao ensino superior, a decisão do Tribunal foi de que a pretensão em voga pelos estudantes não se mostrava razoável perante a sociedade. Compreende-se estar aqui a gênese da reserva do possível, prelecionando que o cidadão pode exigir do Estado e, indiretamente, da própria sociedade, apenas a prestação amparada por um parâmetro de razoabilidade. Acrescenta Durval Carneiro Neto (2017, p. 166):

A cláusula da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) foi então empregada como parâmetro de razoabilidade, levando em conta aquilo que, racionalmente falando, um cidadão alemão poderia exigir da sociedade e do Poder Público, tendo o Tribunal Constitucional aparentemente dado destaque secundário à questão financeira.

Ademais, consoante o mencionado autor:

Sem embargo, examinando-se todos os fundamentos esposados pela Corte, percebe-se que não se olvidou do inevitável condicionamento das prestações materiais onerosas às possibilidades orçamentárias do erário, haja vista, inclusive, todo o conjunto das políticas públicas de que cumpre ao Estado cuidar, sempre ponderando entre os interesses individuais e os interesses da coletividade. Apontou-se no julgamento que, na tensão indivíduo-coletividade, o legislador deve tomar em consideração as exigências do equilíbrio da economia no seu conjunto, como, aliás, estabelece expressamente o art. 109, §2º, da Lei Fundamental alemã.

O julgado em comento ganhou destacada importância não só para o Direito da Alemanha, pois, no caso do Brasil, a reserva do possível foi incorporada na seara jurídica, passando a ser um argumento frequentemente usado pelo Poder Público para justificar a ausência de prestações efetivas na área da saúde e para opor embargos frente as pretensões individuais do âmbito da saúde buscada na via Judicial. Para Durval Carneiro Neto (2017, p. 167):

Na sua origem germânica, portanto, esculpiu-se a reserva do possível a partir de premissas prioritariamente calcadas na razoabilidade das pretensões individuais perante o Estado e até mesmo quando existam recursos públicos disponíveis, sem desconsiderar as situações em que o obstáculo à concretização de prestações poderá ser também orçamentário, cabendo ao legislador, nesse caso, compatibilizar a realização dos direitos individuais com os interesses da coletividade, como é da essência do modelo de Estado Social.

Acrescenta ainda que:

Percebe-se que, segundo os parâmetros de razoabilidade que vieram guiando a Corte alemã desde o caso *Numerus Clausus*, ao delimitar o campo de exigibilidade dos cidadãos frente ao Estado, tomou-se como ponto de partida a premissa de que existe um padrão mínimo de prestações a serem fornecidas pelo Poder Público em cada momento histórico.

E foi nesse sentido apresentado por Durval Carneiro Neto que a reserva do possível se incorporou ao Direito brasileiro, e tem balizado decisões judiciais, consoante explicitado com maior profundidade ao decorrer deste trabalho.

Consoante Mazza e Mendes, ao Estado, por possuir muitas atividades sob sua responsabilidade, faz-se necessário haver planejamento dos gastos, além de condicionar esses aos limites dos recursos, os quais são obtidos direto ou indiretamente da população. Para os autores mencionados (MAZZA e MENDES, 2013, p. 55), “a política pública, ao condicionar os recursos que são escassos, acaba por determinar que se façam escolhas trágicas quanto a sua aplicação, programas e prioridades, gerando assim certo distanciamento muitas vezes conflituoso, entre a sociedade e os objetivos constitucionais”.

Os autores defendem que a reserva do possível, enquanto prática jurídica importada da Alemanha e adequada à realidade do Brasil a partir da década de 1990, é invocada como limite fático, bem como intransponível, frente à alegação da escassez de recursos.

Assim, até o presente estágio deste trabalho monográfico, teceu-se o conceito e principais argumentos que giram entorno da temática da reserva do possível. Desta feita, no próximo tópico, será verificado a respeito da visão de autores, os quais abordam o assunto em seus trabalhos, no que diz respeito à transposição e aplicação desse princípio dentro do Direito brasileiro.

1.2 – Posição da doutrina brasileira sobre a Reserva do Possível e sua aplicação no Brasil

Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 668) nos orienta a respeito da reserva do possível, sustentando “que, na sua origem, a reserva do possível não se relaciona à existência de recursos materiais e financeiros, necessários para a efetivação dos direitos sociais, mas, sim, à razoabilidade da pretensão das pessoas perante o Estado e à sociedade”. No tocante à “importação” da reserva do possível para o Brasil, assim expõe Cunha Júnior (2014, p. 668):

Sucedem porém que no Brasil a teoria da reserva do possível foi mal interpretada e passou a ser utilizada como fundamento econômico e financeiro, associado à insuficiência de recursos públicos, como forma de justificar a omissão do poder público no cumprimento de sua obrigação constitucional no sensível campo dos direitos sociais.

Para Cunha Júnior (2014, p. 668), “de fato, a doutrina brasileira vem entendendo que a efetividade dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.)”. Acrescentamos que esse argumento é evidenciado também nas teses defensivas dos entes públicos quando da busca do cidadão por prestações materiais de saúde na via judicial, tendo como “pano de fundo” a reserva do possível. Nessa linha de raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 685) nos direcionam para o entendimento de que “cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação”.

Para Durval Carneiro Neto (2017, p. 168) “a cláusula da reserva do possível vem sendo suscitada no Brasil de forma simplória e genérica, praticamente sinônimo de limite orçamentário para os gastos estatais”. Explicação que reforça o entendimento firmado acima a respeito da utilização por parte do Estado do princípio em questão para se opor às prestações

materiais de acesso à saúde de forma individualizada (entendemos ser assim também nos casos em que a busca pela efetivação do direito à saúde se dar de forma coletiva) pela via judicial.

Na visão de Balestero, a reserva do possível, enquanto princípio, não deve ser usado de forma a inibir a eficácia e aplicação do denominando “mínimo existencial”, embora a autora compreenda que os direitos sociais não devam ser reduzidos ao mínimo. Argumenta que especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais prestacionais, dando exemplo da saúde e a vida, pois, para ela, a todas as normas da ordem dos direitos fundamentais carecem de ser aplicada a máxima eficácia e efetividade possível, e sempre a luz do caso concreto. Assim, para Balestero (2011, p. 145):

Quanto ao direito à saúde e a “reserva do possível”, alguns pontos devem ser analisados, como a existência de médicos especializados, aparelhos médicos avançados, disponibilidade de leitos, sendo necessário, inclusive, no curso da ação judicial, perícia específica que avalie a real condição de saúde do envolvido na demanda .

Desse modo, a autora defende a necessidade de haver prudência por parte do julgador ante ao caso concreto, para que seja tomada decisão amparada por informações pertinentes e necessárias a uma melhor compreensão do caso em análise. Percebe-se, assim, o não afastamento da reserva do possível, todavia, essa representa, na visão de Balestero, o cuidado a ser tomado antes de se chegar à decisão na demanda.

Para Gloeckner, os direitos fundamentais, sem exceção, geram custos. Contudo, os direitos que não carecem de uma prestação por parte do Estado possuem neutralidade econômica. Assim, sua efetividade não carece do dispêndio de dinheiro público, ou ao menos não de forma direta, defende. Conforme a referida autora (GLOECKNER, 2013, p. 237), “porém, em se tratando dos direitos sociais a prestações, sua efetivação depende da alocação direta de recursos financeiros”. Nesse sentido, Gloeckner (2013, p. 237) argumenta que:

Quando o Estado deixa de fornecer ou prestar aquilo que lhe cabe, o cidadão recorre ao Poder Judiciário para a realização de seus direitos prestacionais. Com isso, e em virtude da reduzida capacidade econômico-financeira do ente público, a doutrina e a jurisprudência buscaram estabelecer critérios que pudessem limitar a prestação pública desses direitos. Ao conjunto desses critérios denominou-se reserva do possível.

Percebe-se do texto supracitado a existência de um direito prestacional ao qual o cidadão encontra como última possibilidade de acessá-lo, quando da negação de sua prestação pelo Estado, recorrendo ao Poder Judiciário. Contudo, os pleitos se esbarram diante da capacidade

econômico-financeira do ente público. E é exatamente desse contexto de judicialização e da realidade econômica dos entes que a doutrina e a jurisprudência então estabeleceram critérios limitadores da prestação dos direitos em comento. Sendo que, conforme Gloeckner, o conjunto de tais critérios recebeu a denominação de reserva do possível. Ademais, consoante a autora, “a reserva do possível teve origem em uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão e, embora de modo modificado, foi recepcionada no Brasil pelo meio judicial e doutrinário como três formas de limitação: fática, jurídica e de razoabilidade”. (GLOECKNER, 2013, p. 237).

Nesse sentido, faticamente, tal limitação consiste na possibilidade financeira do Estado. Ou seja, se possui recurso para prestar o direito pleiteado. Já a limitação jurídica restá configurada na possibilidade do Estado poder dispor dos recursos financeiros, ainda que contenha em caixa. Quanto à limitação da razoabilidade, transmite a exigência de que o pedido carece de ser razoável que o cidadão exija do Estado a sua prestação.

Todavia, não obstante tal explicação, para Gloeckner (2013, p. 240) “em sendo, portanto, os direitos fundamentais (inclusive os sociais) direitos subjetivos, podem ser exigidos judicialmente por cada indivíduo perante o Estado”. Assim, reconhece a autora ser de competência do Poder Legislativo, em regra, garantir as prestações integrantes dos direitos sociais, observando a reserva e os limites do orçamento. Afirma Gloeckner (2013, p. 240) que, “porém, sendo o legislador omissor, cabe ao Judiciário suprir tal lacuna e decidir sobre a concessão da prestação do direito social ou não”.

Assim, no tocante à reserva do possível poder configurar barreira à efetivação do direito social à saúde, defende Gloeckner que esse direito não pode ser considerado norma social programática, entendendo pela possibilidade de extração e concretização diretamente do texto constitucional. Conduzindo ao entendimento, desse modo, de haver uma superioridade do direito à saúde frente ao argumento da reserva do possível. Desta forma, expõe a referida autora (GLOECKNER, 2013, p. 241):

O direito à saúde não pode ser considerado norma meramente programática, pois, apesar de ser direito originário a prestação, podendo ser extraído e concretizado diretamente da Constituição, já foi regulamentado, dispondo a Carta Magna que a saúde “é direito de todos e dever do Estado” e que este direito assegura o acesso igualitário e universal aos seus serviços. Na regulamentação deste dispositivo, o legislador dispôs que a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis abrange todas as ações e serviços públicos e privados de saúde que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) .

Dessa forma, além da autora compreender pela retirada e concretização do direito à saúde diretamente da Constituição Federal, entende também que houve a devida regulamentação desse direito, haja vista a previsão contida na própria Carta Magna, consoante apresentado acima. Ademais, para Gloeckner, o legislador direcionou o dispositivo constitucional em comento no sentido do acesso à saúde abarcar todas as ações, bem como todos os serviços de saúde integrantes do SUS, sejam eles públicos ou privados, em conformidade com o princípio da universalidade.

Insta dispor ainda que, para a autora, quando o Poder Executivo apresenta a reserva do possível como argumento objetivando justificar sua omissão na efetivação de direitos sociais, como a saúde, faz-se necessária a análise cautelosa das provas juntadas. Sem a devida comprovação, não pode o ente público se valer de tal argumento para não arcar com os custos do direito à saúde em questão.

Para Mazza e Mendes, faz-se importante considerar que a política pública, tendo em vista o condicionamento de recursos, e sendo os mesmos escassos, leva a necessidade de serem feitas escolhas “trágicas” no tocante à aplicação desses recursos, bem como dos programas e prioridades, o que faz surgir um certo distanciamento, o qual muitas vezes conflituoso, entre a sociedade e os objetivos contidos na Constituição Federal. Assim, conforme os autores em comento (MAZZA e MENDES, 2013, p. 55):

A limitação de recursos públicos no Brasil é um fato a ser considerado, sendo exagerado defender a ideia de que o Estado possa conceder para qualquer pessoa toda e qualquer prestação na área da saúde, situação que não existe nem mesmo em países de melhor condição econômica. O direito à saúde deve ser garantido através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, conforme disposto no artigo 196 da Constituição, observados critérios racionais de aplicação.

Na compreensão de Mazza e Mendes, quando a reserva do possível for apresentada como insuficiência de recursos, carece de haver o entendimento no sentido da limitação de recurso, enquanto que as necessidades são ilimitadas, devendo ser observada quando da formulação de políticas públicas e em decisões judiciais. Mas, apresentam também uma segunda perspectiva, conforme a seguir:

De outro lado, sua interpretação também tem sido no sentido de limitar a efetivação de direitos sociais diante da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Se não há previsão orçamentária específica, a intervenção judicial fica comprometida. Mas esse último entendimento não prospera na jurisprudência dos tribunais, os quais já chegaram inclusive a bloquear recursos públicos em face do

descumprimento de ordem judicial anterior, que determinava o fornecimento de medicamentos. (MAZZA e MENDES, 2013, p. 56)

Desta feita, argumentam que a reserva do possível deve ser entendida a partir da ótica da razoabilidade da reivindicação de efetivação de um direito social. De modo que as pretensões em questão carecem de apreciação por parte do Poder Judiciário por meio da ponderação de bens, e tendo por base o critério da proporcionalidade. Acrescentam Mazza e Mendes (2013, p. 57):

A aplicação da reserva do possível parece ser justa e necessária diante das decisões judiciais que não observam e não respeitam a Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, há que se observar um equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível.

Para Gabriel Ducatti Lino Machado, o conceito de possível direciona para a compreensão sobre a capacidade financeira do Estado assegurar a prestação de um serviço. Assim, o autor (MACHADO, 2018, p. 88) segue argumentando que “não interessa, no entanto, a definição do conceito, mas, antes, a posição que a reserva do possível ocupa na dogmática dos direitos fundamentais”. A questão é como a reserva do possível se comporta relativamente à pretensão subjetiva a um serviço”. Dessa forma, Machado (2018, p. 91) explica:

Se da escassez em princípio, por um lado, decorre que nem tudo pode ser garantido e, por outro lado, não decorre que nada possa ser garantido, então a escassez em princípio, por um lado, não exclui que os direitos fundamentais sociais sejam direitos subjetivos, mas, por outro lado, exclui que os direitos fundamentais sociais sejam mandamentos de otimização ilimitados. Assim, a escassez em princípio tem que redundar em um estreitamento do âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais.

Villas-Bôas compreende pela não possibilidade de implementação de imediato de todo direito, mesmo os previstos na Constituição Federal, caso não haja as condições necessárias para sua concretização. Para a autora, é nessa linha de raciocínio que se baseia a reserva do possível. Contudo, ressalta que não basta a simples alegação da falta de recursos para isentar o Estado do cumprimento de suas obrigações:

Que a saúde é um direito, portanto, não resta dúvida. A Carta Maior mesma e a história jurídica internacional o afirmam. Ocorre, porém, que nenhum direito, ainda que constitucionalmente firmado, pode ser imediatamente implementado na prática se não há condições reais para sua concretização. É no que se baseia o argumento da reserva do possível, muitas vezes esgrimido pelo Estado para subtrair-se ao cumprimento de tais direitos. Dá-se que se, de um lado, os impedimentos da realidade concreta são um fato, não basta,

de outro lado, a só afirmação de impossibilidade para isentar o Estado de cumprir direitos por ele mesmo assumidos como compromissos constitucional e associados com o próprio princípio da dignidade humana. (VILLAS-BÔAS, 2014, p. 156)

Ainda segundo a autora, é possível notar que no âmbito nacional a alegação da reserva do possível possui um caráter vago e fácil para o Estado se eximir da obrigação de cumprimento de determinados compromissos, em especial os que envolvem a necessidade de prestações sociais. Assim, pondera Villas-Bôas (2014, p. 157):

No âmbito nacional, observa-se que a alegação da reserva do possível no âmbito nacional mostra-se, muitas vezes, como argumento vago e fácil para escapar à exigibilidade de cumprimento de determinados compromissos estatais, marcadamente aqueles relacionados com prestações sociais. A alegada escassez, contudo, deve ser provada, não se podendo simplesmente presumir. É mister, outrossim, evidenciar a razoabilidade das escolhas políticas feitas, haja vista que não se as poderia desse modo empreender se com elas alega-se o mínimo existencial a substancial parcela dos cidadãos.

Para Carlos Neto, a reserva do possível é uma questão que prejudica a eficácia dos direitos fundamentais, compreendendo que a escassez de recursos orçamentários não pode ser obstáculo para a garantia dos direitos sociais. Ademais, defende ser a garantia a um mínimo existencial requisito necessário para a própria sobrevivência do indivíduo, nos termos a seguir apresentados:

Deste modo, a garantia a um mínimo existencial é requisito necessário para a sobrevivência do indivíduo, pois se não possui condições necessárias para uma vida digna, os direitos sociais prestacionais não estão sendo eficazes. E no que tange ao mínimo existencial destinado à saúde, viola-se também à vida, pois sem saúde não se vive. (CARLOS NETO, 2018, p. 42)

O autor é categórico ao afirmar sua compreensão a respeito da reserva do possível, tratando-a como uma limitação fática e jurídica por meio da qual o Estado objetiva deixar de prestar os direitos sociais aos seus destinatários por direito. Assim, afirma Carlos Neto (2018, p. 44):

Logo, o princípio da reserva do possível é uma limitação fática jurídica que o Estado se vale para deixar de prestar os direitos sociais a quem é de direito. Este é o grande problema aqui suscitado, pois refere-se a múltiplas alegações pelo Poder Público deste princípio, somente para se eximir da obrigação da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Continua a dispor no mesmo sentido:

Não há muito que se acrescer, senão que comentar: a reserva do possível não pode servir de pretexto ou de biombo para, assim protegido dos olhares da sociedade, o Poder Público, no uso de sua liberdade conformadora, optar por

priorizar outros setores da cena política e acabar por restringir o núcleo intangível de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias à própria sobrevivência do indivíduo (CARLOS NETO, 2018, p. 79).

Ferreira, por meio de argumento reconhecendo a existência das limitações materiais, contudo (entendemos essa linha de raciocínio como muito perspicaz), defende a necessidade de o Poder Público comprovar a indisponibilidade, seja ela total ou parcial, do recurso. Não podendo, argumenta a autora, o referido poder utilizar a reserva do possível como argumento objetivando justificar a omissão do Estado frente ao dever de realizar os direitos fundamentais. Para a autora (FERREIRA, 2019, p. 67):

Faz-se necessário, então, perseguir os fundamentos, princípios e objetivos traçados pela Constituição, de modo que nenhum indivíduo deixe de ter acesso ao mínimo necessário para realizar o seu plano de vida. No caso do direito à saúde, tal plano só será concretizado, quando todos tiverem acesso a este direito no real limite de sua necessidade.

Acrescentar ainda que:

Assim, negar o direito à saúde equivale a negar o direito à vida, conforme entendimento também dos tribunais superiores, desde 2004. Neste sentido, o STJ se manifestou no julgamento no Mandado de Segurança nº 8.740 – DF, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que assim decidiu: “[n]ão há como o Estado se recusar a fornecer tratamento médico adequado à pessoa doente e necessitada, pois, se o fizer estará negando a essa pessoa condições mínimas de sobrevivência”.

Ainda nessa linha expositiva, a autora é enfática em afirmar que uma negativa do direito à saúde se traduz em negar ao indivíduo o próprio direito à vida. Pois, conforme explica Ferreira, a ausência de saúde é fator a privar a pessoa dos demais direitos fundamentais contidos no texto da Constituição Federal.

É imperioso apresentar ainda que, consoante análise desenvolvida por Ferreira no tocante ao posicionamento do STF frente aos casos envolvendo demanda de acesso à saúde, a autora concluiu pela existência de diversas decisões sem se basearem na legislação infraconstitucional em vigor, bem como sem levar em consideração os parâmetros estabelecidos pela própria Corte em seus julgados. Nessa linha, dispõe Ferreira (2019, p. 67):

Desta forma, o que se observou é que a jurisprudência da Suprema Corte do país tem prestigiado a realização do direito à saúde, na exata medida da necessidade das pessoas que pedem a tutela jurisdicional do Estado, em detrimento da formalidade legal para a concessão dos medicamentos, via Sistema Único de Saúde, ou via políticas públicas. Isso quer dizer que, para esta Corte só é possível utilizar o argumento da “reserva do financeiramente possível”, se efetivamente for comprovado que esta prestação acarretará grave desequilíbrio orçamentário nas contas públicas, do contrário resume-se

a subterfúgio para o não cumprimento de um direito fundamental constitucionalmente assegurado a todos.

Consoante se depreende do texto apresentado, o STF segue a linha de entendimento de que a reserva do possível não pode ser aplicada de forma automática, ou seja, a todo e qualquer caso sem que haja a devida comprovação da falta de recursos por parte do ente federativo. Desta feita, ao fim deste trabalho, será possível apresentarmos se a Corte suprema permanece com o mesmo entendimento, tendo em vista a abrangência da presente monografia atingir até o final do ano de 2020.

CAPÍTULO III – ACESSO À SAÚDE *VERSUS* O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 2011 a 2020

1.1 – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), de 2011 a 2020, *versus* o Princípio da Reserva do Possível

Apresenta-se, em ordem cronológica e observância ao marco temporal da presente pesquisa, os julgados do STF em que foi enfrentado o tema de acesso à saúde, nos mais diversos pleitos dessa área. Assim, foram buscados julgados de pedidos de medicamentos, cirurgias, entre outros, estando apresentados neste trabalho no tocante ao que fora discutido pelos julgadores e as conclusões chegadas, sem “perder de vista” o objeto central desta monografia, qual seja, a relação entre acesso à saúde *versus* a Reserva do Possível. Desta feita, compreendendo o posicionamento dos ministros e, assim, da Corte suprema, sobre a aplicação do Princípio da Reserva do Possível aos casos concretos de busca pelo acesso à saúde através de prestações materiais.

1.1.1 – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE 607.381 AGR/SC)

O Estado de Santa Catarina insurgiu, por meio do recurso em epígrafe, contra decisão do Ministro Eros Grau em negar seguimento a Recurso Extraordinário, por via do qual se discutiu a possibilidade de chamamento ao processo da União para figurar no polo passivo de ação que buscava o fornecimento de medicamento a paciente hipossuficiente.

Desta feita, por força da aposentadoria do Ministro Eros Grau, os autos foram redistribuídos, passando à responsabilidade do Ministro Luiz Fux. Assim, enfrentando o mérito do Agravo Regimental, Fux compreendeu pela improcedência do recurso.

Para este trabalho, cabe destaque a compreensão do Ministro de que a *ultima ratio* do artigo 196 da Constituição Federal é a de garantir a efetividade do direito fundamental à saúde, de forma a “orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação aos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos”, bem como, acrescenta Fux, de políticas públicas para prevenção de doenças. Devendo essas ações ocorrerem, consoante o Ministro, principalmente nos casos em que se trata de pessoa hipossuficiente, desprovida dos meios financeiros necessários para arcar com o próprio tratamento.

Assim sendo, seguindo o voto do relator, a 1ª Turma do STF, por unanimidade, negou

provimento ao Agravo Regimental, em julgado exarado em 31 de maio de 2011, ementado da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução de riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.

2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, §1º, CF).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

Decisão que seguiu no sentido de assegurar, desse modo, o acesso à saúde materializado pelo fornecimento de medicamento ao autor da ação no juízo de piso, pessoa (paciente) hipossuficiente.

1.1.2 - Agravo de Instrumento (AI 674.764/PI)

O Agravo de Instrumento em questão é de autoria do Estado do Piauí contra decisão que inadmitiu Recurso Extraordinário com assento em contrariedade aos artigos 2º, 5º, inciso LVI, 84 e 167, da Constituição Federal. O Estado se insurgiu contra acórdão da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do referido Estado.

In casu, o órgão colegiado da Corte de justiça do Estado do Piauí enfrentou demanda em sede de Ação Civil Pública, que arguiu omissão do Ente Federativo no tocante à adequada prestação de serviços de saúde.

Desta feita, no que diz respeito ao conteúdo do julgado em epígrafe que apresenta importância para este trabalho monográfico, fora decidido pelo relator Ministro Dias Toffoli, como base em decisão anterior da Segunda Turma do STF, que entendeu pela possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Estado implementação de políticas públicas previstas no texto constitucional, sem que essa medida se configure em violação do princípio da separação de poderes.

Assim sendo, apesar do Agravo de Instrumento em comento não fazer referência ao Princípio da Reserva do Possível, compreende-se que a apresentação do conteúdo desse ganha relevância para este trabalho por força da origem da discussão encontrar-se fundamentada no direito de acesso à saúde, constitucionalmente previsto. Desse modo, como pode-se extrair do conteúdo da decisão, o Ministro Dias Toffoli, com suporte em entendimento anterior de Turma da Corte suprema, conforme anteriormente referido, compreendeu que, em se tratando de busca por direito constitucionalmente assegurado, não há que se falar em ingerência do Poder Judiciário na discricionariedade do Poder Executivo. Sendo, *in casu*, o direito à saúde a política pública em questão.

Pelo exposto, é forçoso apresentar ainda que o Agravo de Instrumento acarreado se faz importante para a análise deste Trabalho haja vista a compreensão gerada de que, para o Ministro Dias Toffoli, como o objeto de fundo em questão, qual seja, a saúde, trata-se de um direito constitucional, a ser efetivado por meio de política pública, nem mesmo houve necessidade de ingressar na discussão orçamentária, e, com ela, no Princípio da Reserva do Possível. Ou seja, compreende-se que, por força da previsão constitucional, torna simplesmente dever do Estado cumprir com a obrigação de possibilitar ao cidadão o acesso à saúde.

Ademais, insta expor que o Ministro Dias Toffoli negou provimento ao Agravo de Instrumento com arrimo nos argumentos acima apresentados, em decisão proferida no dia 24 de agosto de 2011.

1.1.3 - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AI 550.530 AGR/PR)

A Autarquia Municipal de Saúde – AMS, do Município de Londrina, Estado do Paraná, interpôs Agravo Regimental, consoante descrição no *caput* deste tópico, irresignada com decisão do Ministro Joaquim Barbosa ao negar seguimento a Agravo de Instrumento de autoria da autarquia municipal.

O Agravo de Instrumento fora impetrado por força de inconformidade da Autarquia ante decisão que inadmitiu Recurso Extraordinário dessa contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, cujo confirmou segurança concedida à impetrante para assegurar-lhe realização de cirurgia de mamoplastia não estética.

Na fundamentação da negativa, entre os tópicos tecidos, o Ministro Joaquim Barbosa arguiu ter sido acertada a decisão do acórdão impugnado, por ter garantido acesso à saúde à pessoa de insuficiente recursos financeiros, por meio de tratamento condigno do quadro clínico apresentado.

Em sede de Recurso Extraordinário, a AMS sustentou que o acórdão em questão ofendeu preceito do artigo 198 da Constituição Federal. Ante a tal argumento, o Ministro, debruçando nos autos do Agravo de Instrumento, sustentou que a jurisprudência do STF está sedimentada na compreensão de que os Municípios não podem se furtar do dever de propiciar os meios necessários para o gozo do direito à saúde para todos os cidadãos, não obstante o artigo 198 da Constituição Federal se tratar de norma programática.

Assim, em linha de raciocínio semelhante, a Autarquia sustentou, por via de Agravo Regimental, ter havido afronta aos artigos 196 e 198 da Constituição Federal. Para a AMS, a “município não pode ser compelida a realizar ações não previstas como de sua competência”.

O Ministro Relator, mantendo a decisão agrava, submeteu o Agravo Regimental à análise da 2ª Turma. Essa, por sua vez, por unanimidade, negou provimento ao Recurso em questão, seguindo o voto no relator, consoante decisão proferida em 26 de junho de 2012.

Ementa in verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MUNICÍPIO. CIRURGIA. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

O recurso extraordinário, ao alegar que o acórdão recorrido ofende o preceito do art. 198, versa questão constitucional não ventilada na decisão recorrida e que não foi objeto de embargos de declaração, faltando-lhe, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356).

O acórdão impugnado, ao garantir o acesso da agravada, pessoa de insuficientes recursos financeiros, a tratamento médico condigno ao quadro clínico apresentado, resguardando-lhe o direito à saúde, decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema. Precedentes.

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do estado e do município providenciá-lo. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

Assim, pode-se constatar, mais uma vez, uma especial atenção por parte dos Ministros no tocante ao direito fundamental à saúde. De modo que, até mesmo, o argumento apresentado pela Autarquia Municipal de Saúde, de que o direito da então agravada poderia impedir o acesso igualitário às ações de saúde e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, foi afastado pelo Relator.

1.1.4 - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE 716.777 AGR / RS)

O Agravo Regimental em epígrafe foi interposto pela União contra decisão do Ministro Celso de Mello, que reconheceu e negou provimento ao Recurso Extraordinário de autoria também da ora agravante, objetivando provimento do apelo extremo deduzido.

O Recurso Extraordinário supracitado fora protocolado diante de irrisignação com decisão do órgão judiciário de origem. Nos autos do apelo extremo, a União busca reconhecimento de ausência de sua responsabilidade direta pelo custeio do exame pleiteado pela recorrida.

Assim sendo, na ótica do Ministro Relator, não assistiu razão o Ente Federativo, arguindo que, diante de eventual acolhimento da pretensão recursal do ente em questão, conduziria para resultado inaceitável sob a perspectiva da Constituição Federal no tocante ao direito à vida e à saúde. *In verbis*:

Entendo não assistir razão à União Federal, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que essa postulação – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta a ora agravada (que é portadora de neoplasia maligna de baço) – impediria, se aceita, que a paciente, pessoa destituída de qualquer capacidade financeira, merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida.

Ademais, na mesma perspectiva, acrescentou o Ministro:

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

Para Celso de Mello, não é suficiente que o Estado torne configurado o reconhecimento de um direito, mas, sim, que seja respeitado e garantido, especialmente nos

casos os quais o direito gera ao cidadão uma prerrogativa de exigir do Estado a “implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional”.

É digno de transcrição literal a linha de raciocínio do Ministro:

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.

Enfrentando ainda o argumento apresentado pela União no tocante a responsabilidade solidária do dever de assegurar acesso à saúde, Celso de Mello compreendeu pela possibilidade de o cidadão (o que ele chama de credor) exigir e receber, a seu critério, de um, de alguns ou de todos os devedores (os Entes Federativos, *in casu*) a obrigação comum. Vejamos:

Isso significa, portanto, tratando-se de situação configuradora de responsabilidade solidária das pessoas políticas que compõem a estrutura institucional do Estado Federal brasileiro, que, em matéria de implementação de ações e serviços de saúde, existe verdadeiro dever constitucional “*in solidum*”, que confere ao credor (a pessoa física, no caso) o direito de exigir e de receber, a seu critério, de um, de alguns ou de todos os devedores (os entes estatais, na espécie) a obrigação comum.

Desta feita, o Ministro Relator negou provimento ao recurso Agravo Regimental, sendo seguido, por unanimidade, pela Turma (2ª), em decisão datada de 09 de abril de 2013, conforme ementa apresentada a seguir:

PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Assim sendo, cabe menção o fato de que o direito constitucional à saúde foi assegurado pelos Ministros sem que houvesse apresentação de qualquer obstáculo por parte

desse à efetivação de tal direito ao demandante; nem mesmo questões de ordem financeiras foram levantadas. Desta feita, faz ser compreendido também a ausência de influência do Princípio da Reversa do Possível na decisão ora analisada.

1.1.5 - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 738.729 AGR/RS)

Trata-se de Agravo Regimental de autoria da União ante a decisão da Ministra Rosa Weber, relatora, mediante a qual fora negado provimento ao Agravo em Recurso Extraordinário impetrado pelo ente federativo em questão.

Assim sendo, em fundamentação de sua decisão, a Ministra arguiu que a jurisprudência do STF se encontrava formada no sentido da compreensão de ser solidária a responsabilidade do Estado pelo fornecimento de medicamentos. Desta feita, podendo ser requerido a qualquer um dos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Porém, desde que seja demonstrada a necessidade que o indivíduo tem e a sua ausência de condições financeiras para custeá-los com seus próprios recursos, ressalta Rosa Weber.

Dessa forma, a 1ª Turma da Corte suprema, por unanimidade, sob a presidência do Ministro Luiz Fux, negou provimento ao Agravo Regimental, seguindo o voto da Ministra Rosa Weber. O julgado se deu na data de 25 de junho de 2013. Vejamos a ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental conhecido e não provido.

Ademais, faz-se imperioso arguir que, em mais uma decisão do STF, os ministros, *in casu* seguindo ao raciocínio da ministra relatora, ao enfrentar o tema de acesso à saúde, não fizeram nenhuma menção à preceitos econômicos que pudessem, ao menos, ser “ponte” para ingresso em discussão a respeito da Reserva do Possível.

1.1.6 - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 685.230 AGR/MS)

Por via do Agravo Regimental em questão, de autoria do Estado do Mato Grosso do

Sul, o ente federativo insurgiu contra decisão da 2ª Turma do STF, que reconheceu de Agravo de Instrumento para dar provimento a Recurso Extraordinário de autoria da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul.

O Recurso Extraordinário em comento fora interposto pela Defensoria Pública por força de discordância com acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que, enfrentando Apelação Cível, negou-lhe provimento, com a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DISPONÍVEL NO ESTADO – RECURSO IMPROVIDO. Se o Estado disponibiliza medicamento para a patologia e o demandante não comprova a sua ineficácia, a improcedência do pedido é medida imperativa.

O relator, Ministro Celso de Mello, dos autos do Agravo Regimental, apresentou compreensão no sentido de que o cumprimento do dever político-constitucional, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal, apresenta fator, cujo associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja sua dimensão institucional.

Para Celso de Mello, quando se trata de proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer, contra esse mandamento de ordem constitucional, interesse financeiro e secundário do Estado, razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção, sendo, consoante afirmou, a que “privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”.

Desta feita, a Turma, seguindo os termos do voto do relator, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental, em decisão datada de 05 de março de 2013, restando, assim, findada a discussão e assegurado definitivamente ao respectivo destinatário acesso ao medicamento objeto da controvérsia jurídica. *Verbis*:

E M E N T A: PACIENTE COM “*DIABETES MELITUS*” – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DE USO NECESSÁRIO, EM FAVOR DE PESSOA CARENTE – DEVER DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “*CAPUT*”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à

assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- 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.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

- 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 inconsequente, 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.

É digno de nota a ausência no julgado referido de observância no tocante aos aspectos econômicos que envolvem o Estado, ante ao direito de acesso à saúde. De maneira enfática, em fundamentação aprofundada, o relator expôs sobre o dever do Poder Público assegurar ao cidadão o direito constitucional de acesso à saúde. De modo que, afastou totalmente a possibilidade desse se valer de argumento de ordem econômica/financeira para criar obstáculo à efetivação de políticas da área da saúde. Vejamos, em termos, principal trecho:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), 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 humanas.

Assim sendo, não fora levado em consideração razão de ordem econômica e, muito menos, o Princípio da Reserva do Possível se fez baliza para o presente caso. Desta feita, o Ministro conduziu seu julgamento guiado somente pela previsão constitucional, dando à norma, ainda que tida por programática, caráter absoluto.

1.1.7 - Recurso Extraordinário (RE 657.718 AGR/MG)

O Recurso Extraordinário em epígrafe origina por força da decisão do Tribunal de

Justiça de Minas Gerais, em julgamento da Apelação Cível nº 1.0145.09.567017-3/002, por meio da qual a Corte entendeu que, apesar de o direito à saúde encontrar previsto em sede de texto constitucional, *in casu*, nos art. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, não há que se obrigar o Estado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

Por via do Recurso Extraordinário em comento, de autoria da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, sustenta ser dever do Estado assegurar o direito à saúde, não sendo, por isso, aceitável situação em que portador de doença grave não disponha do tratamento compatível.

Insta arguir que, em síntese, o Estado de Minas Gerais se recusou a fornecer o medicamento *Mimpara 30mg*, destinado ao tratamento da enfermidade Hiperparatireoidismo Secundário em paciente acometido por insuficiência renal em diálise. O Estado usou como argumento para a negativa a ausência de registro do fármaco na ANVISA, o qual era de origem estrangeira.

Nos autos do Recurso Extraordinário, fora suscitada tese de repercussão geral da matéria, sendo acolhida pelo Plenário do Supremo.

Enfrentando o objeto do Recurso, o Pleno do STF compreendeu no seguinte sentido, conforme ementa abaixo, resultado do julgamento ocorrido em 22 de maio de 2019:

REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO MORA IRRAZOÁVEL NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO.

1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços.

2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três

requisitos. São eles: (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 pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 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. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

Em síntese, a Corte decidiu não ser dever do Estado fornecer medicamento quando este não se encontra devidamente registrado na ANVISA. Havendo, contudo, exceção, sendo no caso de mora da Agência Reguladora em apreciar o pedido de registro, em desconformidade com o prazo estabelecido pela Lei nº 13.411 de 2016. Todavia, faz-se necessário ainda o preenchimento de 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.”

No Recurso Extraordinário, o Princípio da Reserva do Possível aparece no texto do voto dos julgadores, ainda que de modo secundário. Alguns ministros não deixaram de fazer referência ao princípio, bem como ao seu direcionamento.

É digno de nota a relevância do Princípio da Reserva do Possível no julgado em comento. Contudo, não obstante haver passagens a seu respeito no texto, a exemplo da posição do Ministro Edson Fachin, ao fazer menção à Reserva do Possível no sentido de que a mesma não chega a constituir óbice para a realização dos direitos sociais, sendo, conforme explica o Ministro, uma espécie de definição do limite da adjudicação, arguindo que o referido limite não possui sua origem no fato da finitude dos recursos do Estado, mas, sim, da

possibilidade de controle da decisão que alocar os recursos, e não deixando de reconhecer uma certa influência do princípio no presente caso, percebe-se que o Princípio da Reserva do Possível não se fez de grande importância no “caminho” percorrido pelos ministros até a decisão.

Assim, não obstante o Recurso ter discutido o acesso à saúde, uma vez que tratou do acesso a medicamento, seguindo a linha dos julgados anteriores, o Princípio da Reserva do Possível não se fez baliza para os votos, bem como para a conclusão do Plenário, apesar de ter havido menção a ela no voto de vários ministros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como os demais direitos fundamentais, o direito à saúde surgiu, ganhou forma ao longo do tempo e, tratando especificamente do Direito brasileiro, arraigou-se fortemente. Assim, como demonstrado no desenvolvimento deste trabalho monográfico, além de sua garantia se encontrar cravada no texto constitucional de 1988, leis infraconstitucionais também ajudam a dar forma e assegurar o acesso do cidadão ao direito fundamental à saúde.

Desta feita, em igual perspectiva seguem as decisões judiciais. Pois, não obstante esta monografia ter se atido apenas aos julgados do Supremo Tribunal Federal, restou perceptível, por via dos diversos trabalhos consultados, entre artigos, dissertações, teses e livros, o quanto o direito fundamental à saúde vem sendo valorizado pelos acadêmicos pesquisadores, pelos órgãos que compõem o sistema de justiça brasileiro, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, e, igualmente, pelo Poder Judiciário, instituição crucial nesse processo de garantia do direito em comento.

Assim, não obstante os direitos fundamentais fazerem parte da própria trajetória da humanidade, sendo, *in casu*, direitos inatos, a sua positivação gera ao cidadão maior possibilidade de acesso e de cobrança, tornando o Estado “devedor” de uma obrigação de ordem essencial, cuja não comporta fuga ou omissão. Tal entendimento encontra amparo nos trabalhos apresentados no decorrer desta monografia.

Cabe destaque também o cuidado adotado pelo legislador constitucional, bem como o infraconstitucional, em dispor sobre valores mínimos a serem gastos na área da saúde, sob pena de responsabilidade dos agentes públicos pelo não cumprimento de tal disposição.

Insta dispor ainda sobre a importância das normas internacionais que tratam do acesso à saúde, às quais o Brasil é signatário, sendo a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 1992, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de Protocolo de São Salvador, de 1999.

O conjunto normativo torna o direito à saúde para os brasileiros um direito a ser exigido do Estado o seu cumprimento, nos casos de omissão. Esse direito possui a maior força que se pode empregá-lo no fato de estar previsto no texto constitucional de 1988, que surgiu com um amplo comprometimento com os direitos fundamentais e, assim, portanto, com a

saúde.

Desta feita, percebe-se ser farto o conjunto normativo de garantias de acesso ao direito fundamental à saúde, seja externo, seja internamente. Assim, diante da deficiência na prestação dos serviços de saúde, o Poder Judiciário tem sido constantemente interpelado a decidir ante a pleitos da área da saúde, tendo adotado uma postura firme na garantia de tal direito, conforme se constatou ao longo deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Assim, não obstante a postura ativa do Judiciário para o cumprimento da garantia constitucional de acesso à saúde, o Princípio da Reserva do Possível possui importância na análise dos casos concretos, e emprega certa força aos textos dos Entes Federativos em suas negativas a materialização das prestações na área da saúde. Essa importância restou evidenciada por meio das obras consultadas, de autores que se dedicam à temática do acesso à saúde, sua judicialização, e da Reserva do Possível.

No tocante ao objeto central deste trabalho, qual seja, saber se o Princípio da Reserva do Possível exerceu influência nas decisões do Supremo Tribunal Federal diante das demandas julgadas em que envolveram a busca pelo acesso à saúde, no espaço temporal de 2011 a 2020, conclui-se, sem margens para dúvidas, que não. Nesse sentido, consoante os sete julgados da Corte apresentados no capítulo III, os Ministros demonstraram postura firme na garantia de efetivação do direito fundamental à saúde, de tal maneira que não houve nenhuma relevância os aspectos de ordem econômicos, escassez de recursos, custos de direitos ou reserva do possível para os membros do Supremo decidirem pela garantia de acesso à saúde, mesmo que em pleitos individualizados, como foi na totalidade dos julgados apresentados.

Seguindo a linha de raciocínio de Daniel Carlos Neto, de que os magistrados não têm dado tanta relevância aos princípios orçamentários, nem aos impactos causados por suas decisões, entendemos ser assim também para os Ministros do STF diante dos pleitos da área de saúde, não obstante concordarmos com a postura adotada pela Corte suprema. Ademais, chega-se a conclusão idêntica ao do trabalho de autoria de Patrícia Cândido Alves Ferreira, haja vista a autora apresentar entendimento de que a jurisprudência da Corte suprema tem possibilitado a realização do direito à saúde na exata proporção da necessidade das pessoas as quais buscam a tutela jurisdicional do Estado.

Assim, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, ficou evidenciado que o Princípio da Reserva do Possível exerce significativa influência no ordenamento jurídico brasileiro, chegando frequentemente aos textos dos tribunais por meio de petições diversas e contido nas

próprias decisões dos magistrados. Contudo, da análise detalhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, correspondente ao espaço temporal de uma década, 2011 a 2020, pode-se afirmar que o princípio em comento não exerceu influência nas decisões adotadas pelos ministros. Dessa forma, os julgadores tratam o direito fundamental à saúde como garantia a ser preservada e efetivada pelo Estado, sem que questões de ordem econômicas/financeiras sejam obstáculos para a materialização desse direito.

Nessa perspectiva, tendo em vista a importância exercida pelo STF para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista ser o chamado guardião da Constituição Federal e, assim, seu principal intérprete, bem como levando em consideração o princípio da segurança jurídica, compreende-se que a postura do Supremo, consoante apresentada, forma-se baliza para os demais tribunais e juízes do Poder Judiciário.

Assim, ainda que haja, por parte de juízes e tribunais inferiores, decisões contrárias ao entendimento formado pela jurisprudência da Corte suprema, essas, por via do sistema recursal, não persistirão. Pois, como já explanado, apesar de ser evidenciada a presença do Princípio da Reserva do Possível em um dos julgados analisados, bem como sua importância para o próprio Estado, haja vista ser o principal argumento apresentado por esse quando da negativa de acesso ao direito constitucional fundamental à saúde, ainda assim não restou demonstrada influência na jurisprudência do Supremo.

Nessa órbita, como sugestão de futuros trabalhos acadêmicos, pode ser desenvolvida pesquisa objetivando conhecer qual o posicionamento dos demais tribunais brasileiros diante dos pleitos de acesso ao direito fundamental à saúde *versus* o Princípio da Reserva do Possível. E, posteriormente, confrontar com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desse segmento, à luz do Princípio da Segurança Jurídica e observância ao disposto no *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

REFERÊNCIAS:

BAHIA, Saulo José Casali. Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 1, p. 145-153, 27 mar. 2019. Disponível em: < <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/33>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 11. n. 46, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/203>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, p. 1-22, abr./mai./jun. 2009. Trimestral. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BIEHL, João Guilherme. *et al.* Judicialização do Direito à Saúde no Brasil. *In*: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; DE PAULA, Sílvia Helena Bastos; BONFIM, José Ruben de Alcântara (org.). **As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 157 – 159.

BITTENCOURT, Guaraci Bragança. O “estado da arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 102-121, 2016. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/261>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRINGEL, Lara Livia Cardoso Costa. **Contribuição jurídica contemporânea à efetivação do direito à saúde no Brasil face a inoperância do poder público no exercício de suas funções**. Salvador: 2017. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/85/85131/tde-04082017-163449/pt-br.php>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção,

proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF.

BRITO, Patricia Ribeiro. Judicialização da Saúde e Desarticulação Governamental: uma análise a partir da audiência pública da saúde. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 206 – 239.

BUCCI, Maria Paula Dallari. DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARLOS NETO, Daniel. **Judicialização da Saúde Pública: uma Análise Contextualizada**. 2ª edição. Porto Velho: Editora Motres, 2018.

CARLOS NETO, Daniel. Impactos da Judicialização na Saúde Pública. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, vol. 01, ano 01, mar. 2016. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/impactos-da-judicializacao-da-saude-na-gestao-publica>. Acesso em: 29 de mar. 2021.

CARLOS NETO, Daniel; et al. Judicialização da Saúde – Dificuldades e Limites dos Juízes para Tomada de Decisões Judiciais e a Efetividade da Criação dos Comitês Estaduais de Saúde. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, vol. 1, ano 3, abril 2018. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/judicializacao-da-saude>. Acesso em: 30 mar. 2021.

CARNEIRO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social [manuscrito] : quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral** / Durval Carneiro Neto. – 2017. 390 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, 2017.

CASAL, Vânia Agnelli Sabin. Do Direito à Saúde. *In*: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; DE PAULA, Silvia Helena Bastos; BONFIM, José Ruben de Alcântara (org.). **As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 73 – 85.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. 1986. Relatório final. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 17 mar. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 17 mar. 2021.

FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. **Direito Fundamental à Saúde: a Questão de sua Exigibilidade**. 2015. Dissertação de mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social –

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-16052016-165546/pt-br.php>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 51, 2013, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/150#:~:text=Para%20isso%20busca%2Dse%20compreender,especialmente%20no%20direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 16 mar. 2021.

GRINOVER. Ada Pellegrini (Coord.). Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://cpja.fgv.br/publicacao/avaliacao-prestacao-jurisdicional-coletiva-individual-partir-judicializacao-saude>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/76705>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MAZZA, Fabio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, v. 14, n. 3, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/75519>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html#:~:text=A%20sa%C3%BAde%20de%20todos%20os,s%C3%A3o%20de%20valor%20para%20todos.>> Acesso em: 16 mar. 2021.

RIOS, Sadraque Oliveira. **Decisões Liminares na Judicialização do Direito à Saúde Pública**. Salvador: EDUFBA, 2019.

SARLET, Ingo W. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. Malheiros EditoresLtda, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Lumen Juris, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13º ed. Saraiva, 2015.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade de macrojustiça. **Texto para discussão**, Brasília, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35360. Acesso em: 25 mar. 2021.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Direito à Saúde no Brasil: reflexões bioéticas à luz do princípio da justiça. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

WANG, Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV** 8, São Paulo, v. 4 n. 2, 2008. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/escassez-de-recursos-custos-direitos-reserva-possivel-jurisprudencia-stf>. Acesso em: 28 mar. 2021.