

REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO
UNIDADE DE VILA VELHA/ES

Marcelo Nepomuceno Gaiba

**Reserva do possível e conflito com direito fundamental à
saúde**

Vila Velha/ES
2024

Marcelo Nepomuceno gaiba

Reserva do possível e conflito com o direito fundamental à saúde

Trabalho de Conclusão
apresentado ao curso de Direito
da Rede de Ensino Doctum,
Unidade de Vila Velha/ES, como
requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: João Guilherme Gualberto Torres

Vila Velha/ES

2024

Marcelo Nepomuceno Gaiba

**Reserva do possível e conflito com direito fundamental à
saúde**

Trabalho de Conclusão
apresentado ao curso de Direito
da Rede de Ensino Doctum,
Unidade de Vila Velha/ES, como
requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em.

BANCA EXAMINADORA

Dedico este
trabalho a minha
esposa, pais e
avó que me
inspiram e
auxiliaram.

RESUMO

A discussão sobre a Reserva do Possível surge como um conceito jurídico relevante no âmbito dos direitos fundamentais, especialmente no contexto das políticas públicas e da efetivação de direitos sociais. A Reserva do Possível se refere à ideia de que o Estado deve respeitar os limites orçamentários e a viabilidade financeira ao implementar políticas voltadas à realização de direitos, como educação, saúde e assistência social. O debate sobre a Reserva do Possível também envolve a interpretação judicial dos direitos fundamentais, na medida em que os tribunais podem ser chamados a decidir sobre a efetivação de direitos diante da alegação de insuficiência de recursos. Portanto, a compreensão desse conceito é essencial para a promoção de uma sociedade justa, que busca a dignidade e o bem-estar de todos os cidadãos. Assim, no intuito de verificar a efetivação do direito à saúde e possível conflito com a teoria da reserva do possível será o ponto chave no presente estudo.

Palavras-chave: Reserva do Possível; Direito Fundamental; Políticas Públicas; Direitos Sociais; Efetivação; Limites Orçamentários;

ABSTRACT

The discussion about the "Reservation of the Possible" emerges as a relevant legal concept within the scope of fundamental rights, especially in the context of public policies and the realization of social rights. The Reservation of the Possible refers to the idea that the state must respect budgetary limits and financial feasibility when implementing policies aimed at the realization of rights such as education, health, and social assistance. The debate surrounding the Reservation of the Possible also involves the judicial interpretation of fundamental rights, as courts may be called upon to decide on the implementation of rights in the face of claims of insufficient resources. Therefore, understanding this concept is essential for promoting a just society that seeks the dignity and well-being of all citizens. Thus, in order to verify the realization of the right to health and its possible conflict with the theory of the Reservation of the Possible will be the key point in the present study.

Keywords: Reserve of the Possible; Fundamental Right; Public Policies; Social Rights; Realization; Budgetary Limits;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	9
3. RESERVA DO POSSÍVEL E CONFLITO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	13
3.1 ORIGEM E CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL.....	13
3.2 A RELAÇÃO ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITO FUNDAMENTAL	15
4. ANÁLISE DE CASO JURISPRUDENCIAL	17
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	24

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reconhece e protege os direitos fundamentais, que são primordiais para garantir a dignidade, a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, sendo passível de punição o que atentar contra tal feito. (Art.5º, XLI, CRFB/88).

Em seu artigo 6º é citado expressamente o direito a saúde como um direito social, devendo o ente estatal prezar por seu cumprimento a fim de possibilitar acesso a todos que necessitarem (Art. 6º, CRFB/88).

Sabemos que o Brasil é considerado um País em desenvolvimento e suas dimensões continentais o torna mais suscetível a desigualdade social, que causam disparidade nas questões de saúde, obrigando o poder público a implementar políticas públicas que busquem a garantia do cumprimento do preceito constitucional¹.

Apesar de estar exposto na Carta Magna a obrigação do Poder Público de garantir a efetivação desses direitos, comumente nos deparamos com ações judiciais com o objetivo de concretizá-lo, especialmente nos casos de medicamentos e tratamentos que tenham custos elevados, até mesmo no setor privado.

Assim surge a “teoria da reserva do possível” que busca equacionar a garantia dos direitos da sociedade em geral com os recursos disponíveis pelo Estado, que não são ilimitados².

Sendo assim, é de vital importância a tentativa de responder a algumas questões no presente trabalho nos quais se destacam: Quais são os limites da reserva do possível? Qual o papel do judiciário na análise da reserva do possível? Como balancear a reserva do possível e os direitos fundamentais?

Ao longo do texto, analisaremos as diferentes perspectivas sobre a reserva do possível, desde sua utilização como defesa do Estado até sua crítica como forma de perpetuar desigualdades sociais. Abordaremos também os desafios enfrentados ao

¹ VIANA, Ana Luiza d'Ávila; Silva, Hudson Pacífico da. Saúde e desenvolvimento no Brasil: argumentos para promover a cidadania em tempos difíceis. **Revista de Saúde Pública**, v. 1, n. 2, 2021, p. 86-107, p. 103

² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 261

se lidar com esse princípio, bem como as possíveis soluções para conciliá-lo com a garantia de direitos fundamentais.

Na busca de elucidar essas questões, será feita uma análise de decisões judiciais, bem como revisão bibliográfica, que terá como objetivo verificar se há no sistema brasileiro a efetivação do direito fundamental à saúde em contraponto com a teoria da reserva do possível, a qual é objeto do presente estudo.

É notada a crescente demanda judicial nesses casos, cabendo ao Poder Judiciário a tentativa de conciliar a efetiva prestação do serviço público com a capacidade orçamentária do Estado na busca de promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde³.

Analisando as decisões do Poder Judiciário sobre esse tema será possível verificar ao final desse trabalho se o direito à saúde é considerado como absoluto ou se a restrição orçamentária do Estado relativiza essa garantia prevista na carta magna, pois as necessidades humanas podem ser de complexo atendimento, mas os recursos disponíveis existentes tendem a não ser⁴.

Por fim, a teoria da Reserva do Possível, tem como origem o limite da razoabilidade da prestação, e não a possibilidade de falta de recursos, que de modo invariável está se acentuando no Brasil e como isso impacta a efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil, especialmente em um contexto de falta de recursos públicos⁵.

³ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 12

⁴ SCHULZE, Clenio Jair. O direito à saúde é um direito absoluto?. 23 nov. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-direito-a-saude-e-um-direito-absoluto-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 12 nov. 2024.

⁵ STIBORSKI, Bruno Prange. Reserva do Possível: Origem, Conceito e Ordens. JusBrasil. 2009, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens/197458820>. Acesso em: 12 nov. 2024.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No final do século XIX e início do século XX, surgiram políticas de saúde pública, que significaram, profunda mudança nas práticas dominantes que eram vigentes até então, que englobaram a criação de hospitais, campanhas de vacinação e programas de prevenção e controle de diversas doenças⁶.

Na declaração universal dos direitos humanos de 1948 é previsto que "toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, incluídos a alimentação, o vestuário, a habitação, os cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis"⁷.

A fundação da Organização Mundial Da Saúde (OMS), em 1948, marcou um importante passo na ampliação do acesso à saúde, tendo como um dos princípios básicos o direito fundamental de todos ao melhor tratamento físico e mental.

Especificamente no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, incluiu-se a saúde como Direito Fundamental⁸, que trouxe a definição como um direito de todos e dever do Estado.

No plano internacional, o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador).

⁶ GALVÃO, Marco Antônio Moreira. Origem das Políticas de Saúde Pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930. Textos do Departamento de Ciências Médicas, Escola de Farmácia, UFOP. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

⁷ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 dez. 1948.

⁸ Art. 6 da CRFB/88. 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.

No que se refere ao direito à saúde, o art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos reverbera que os Estados “reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, e o art. 10 do protocolo determina que “toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social⁹”.

Estabelecido assim que a saúde é um direito fundamental e precisa ser assegurado pelo Estado, conforme preconiza Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da velha hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido¹⁰.

O Estado deve assegurar o atendimento às necessidades coletivas, desenvolvendo ações que busquem a efetivação desse direito, com a busca de soluções que garantam um acesso igualitário e de qualidade aos serviços de saúde.

No entanto, essa prestação pelo Estado se efetua mais pela garantia do mínimo existencial, que se refere ao conjunto de condições básicas necessárias para uma vida digna em contraponto ao direito fundamental.

Oriundo do Direito Alemão¹¹, o mínimo existencial foi invocado pela primeira vez no Brasil na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que estabeleceu que o direito à saúde deve ser tratado com prioridade, pois está relacionado à dignidade da pessoa humana, que é um fundamento da República Federativa do Brasil.

O mínimo existencial pode ser entendido como um subgrupo dos direitos fundamentais sociais, não podendo o Estado simplesmente se furtar a implementar,

⁹ Nações Unidas (ONU). Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na XXI Sessão, em 16 de dezembro de 1966

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.592.

¹¹ LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 101

podendo o poder Judiciário intervir a determinar a aplicação de políticas públicas para esse fim¹².

Não se pode deixar a critério do Estado a discricionariedade de implantar ou não ao menos uma parcela mínima de cada direito fundamental para atingir uma vida digna para cada indivíduo, podendo atentar contra a previsão constitucional.

Assim o Mínimo Existencial é o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, mas que exige prestações positivas deste. Consiste, então, em um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado¹³.

Muitas vezes, os governos enfrentam o desafio de garantir o mínimo existencial para sua população, devido à limitação de recursos orçamentários, porém ele deve ser de observação prioritária pelo orçamento estatal, conforme entendimento de Rafael de Lazari

Sendo assim, o mínimo existencial é de observação prioritária pelo orçamento estatal. Isso, não significa dizer, todavia, que o orçamento e os agentes políticos só devam se preocupar com a faixa de subsistência que integra o “mínimo”¹⁴.

Nota-se a flexibilização da obrigação do Estado com o surgimento da teoria da reserva do possível, pois sugere que o atendimento aos direitos sociais deve considerar as limitações orçamentárias e financeiras, o que pode gerar a alegação de falta do mesmo para afastar sua responsabilidade.

Assim, apesar dos avanços significativos e do reconhecimento da saúde como um direito fundamental, ainda enfrentamos grandes desafios na sua efetivação. A necessidade de políticas públicas eficazes, que assegurem acesso universal e de

¹² LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 183

¹³ SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, p. 205-226, jan./jun. 2013, p. 212

¹⁴ LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 81

qualidade aos serviços de saúde, deve ser uma prioridade para governos, não devendo ser mitigada por razão não fundamentada.

3. RESERVA DO POSSÍVEL E CONFLITO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 ORIGEM E CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL

A origem da expressão “reserva do possível” bem como o princípio do mínimo existencial deu-se pela primeira vez na Alemanha e foi utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972.

Tratava-se de pleito de dois alemães de vagas na Universidade de Medicina das Províncias de Bavária e Hamburgo, algo que foi negado devido ao limitado números de lugares disponíveis, com as Instituições de Ensino se valendo da regra conhecida como “Numerus Clausus”.

O Tribunal Alemão ao ser acionado para analisar o caso citou pela primeira vez a teoria da reserva do possível, surgindo assim a necessidade de se analisar o que se pode exigir do Estado de acordo com os limites dos recursos do ente público¹⁵.

Em razão da limitação do número de vagas no curso, um dos argumentos utilizados pelo Tribunal é que nesse caso o número de estudantes de medicina na cidade de Hamburgo e Baviera já era demasiadamente alto, não sendo necessária a abertura de novas vagas.

Nesse sentido foi reconhecido pela Corte a alegação da escassez de vagas, em razão da incapacidade estatal, afirmando que isso se deu de maneira excepcional, acatando a tese da reserva do possível¹⁶.

Ocorre a desvirtuação da reserva do possível na medida que na sua origem o objetivo era atender o máximo dos direitos fundamentais, e em alguns casos se fazia necessário priorizar o todo em detrimento ao individual, evitando assim privilegiar somente parte da sociedade.

A reserva do possível se refere à limitação da atuação do Estado em relação às suas obrigações, especialmente no que diz respeito à prestação de serviços

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 265.

¹⁶ LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 81

públicos e à implementação de políticas sociais, sendo um instrumento necessário para manutenção das finanças de um Estado, devendo ser levantada em casos específicos, e não em situações que a administração possa atender a demanda, evitando assim a judicialização da questão¹⁷.

Pode-se dizer que a reserva do possível se divide em dois componentes,

À luz da dogmática contemporânea, pode-se desdobrar a ideia de reserva do possível em dois componentes: um fático e outro jurídico. O componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos¹⁸.

Assim, a reserva do possível reconhece que, embora o Estado tenha deveres e obrigações para com os cidadãos, ele também enfrenta limitações práticas em termos de recursos financeiros e materiais. Portanto, ao cumprir suas obrigações, o Estado deve levar em conta a realidade orçamentária e a disponibilidade de recursos.

Ao se avaliar o que se pode exigir do estado, sempre terá que ser garantido o mínimo para a sobrevivência humana,

O conteúdo do direito ao mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais¹⁹.

Ocorre, porém, no atual momento a necessidade de intervenção judicial para se concretizar a garantia da assistência à saúde, com os Estados deixando de cumprir a sua obrigação social de maneira efetiva, se valendo de argumentos rasos da teoria da reserva do possível para se abster de proporcionar a garantia constitucional.

¹⁷ LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 240

¹⁸ AGRA, Walber de Moura; Bonavides, Paulo; Miranda, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2009, p.375.

¹⁹ AGRA, Walber de Moura; Bonavides, Paulo; Miranda, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2009, p.384.

3.2 A RELAÇÃO ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITO FUNDAMENTAL

A reserva do possível serve como um limite à efetivação dos direitos sociais, reconhecendo que, em situações de crise econômica ou limitações orçamentárias, nem todos os direitos podem ser plenamente garantidos. No entanto, isso não significa que os direitos fundamentais possam ser desconsiderados; em vez disso, exige uma gestão responsável e equitativa dos recursos disponíveis.

Nesse sentido Gustavo Amaral discorre

A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente a norma constitucional assecuratória de prestações positivas [...]. Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade de conduta estatal aparente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal, devendo a administração pública demonstrar suas razões, não como razões de Estado, mas com razões de convencimento, sua motivação para a escolha de que interesses seriam sacrificados²⁰.

Álvaro Luís de A. S. Ciarlini escreve

Não se pode negar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo que estabelece a fundamentalidade do direito social à saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças, bem como de garantir à população “o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde”²¹.

Assim vale destacar que o objetivo maior do Estado é sempre concretizar integralmente os direitos fundamentais sociais, pois estes são indispensáveis para a vida humana digna.

Não sendo possível, em razão de ausência de recursos, citando a Reserva do Possível, pelo menos o Mínimo Existencial de cada um desses direitos dever ser garantido, porque possui prioridade nas destinações orçamentárias para ser efetivado.

Ressalta-se que não estamos citando aqui medicamento de alto custo que a justiça concede a apenas uma pessoa, sob o risco de milhares de outras ficam

²⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 116-117

²¹ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29

prejudicadas, que nesse caso deve se avaliar a razoabilidade e proporcionalidade, mas sim ao direito básico.

No entanto, em muitos casos presentes no Brasil, o Estado se vale da teoria da reserva do possível para se eximir da sua responsabilidade de proteger o direito da sociedade, levando ao Poder Judiciário a intervir com o objetivo de assegurar o previsto em Constituição.

O Estado deveria em sentido contrário proporcionar políticas públicas para garantir o máximo na concretização dos direitos sociais, ao invés de tentar mitigar a sua função com o surgimento da teoria da reserva do possível, ocasionando prejuízos para quem deles necessita.

Entende-se que o Judiciário ao se deparar com a demanda de saúde deve verificar se ela corresponde à garantia do mínimo existencial, e se tratando não deve ser objeto de ponderação, não estando sujeito à aplicação da “reserva do possível”, devendo ser garantido por ordem judicial²².

²² CASTRO, Emmanuelle Konzen. A Teoria da Reserva do Possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. **Revista de Direito**. Viçosa, v. 8, n. 1, p. 63-83. 2016, p. 76

4. ANÁLISE DE CASO JURISPRUDENCIAL

A limitação de recursos do Poder Público para atender as necessidades da sociedade é uma realidade que causa a insatisfação dos indivíduos que, não esporadicamente, acabam procurando o Poder Judiciário para a resolução de demandas apresentadas.

A carta magna, traz expressamente em seu art. 5º, inciso XXXV, a possibilidade de se recorrer às vias judiciais quando da violação de direitos com o objetivo de garantir seu cumprimento²³.

A análise da jurisprudência revela que a reserva do possível é um discurso recorrente nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e de Tribunais Superiores.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que o direito à saúde é um direito fundamental, mas que sua efetivação deve observar as limitações orçamentárias do Estado.

Com o objetivo de verificar a aplicação no caso concreto da efetivação do direito à saúde, serão analisadas duas decisões de Recurso Extraordinário oriundo do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange a escassez de recursos, que versam sobre o fornecimento de medicamento de alto custo e não registrados pela agência reguladora, em que a primeira se trata de “caso líder” e se refere a uma decisão judicial que se torna um exemplo para casos semelhantes e a segunda é referente a caso julgado na data de Setembro/2024 e que mostra o entendimento aplicado na atualidade.

Nesse sentido essa análise de jurisprudência consistirá em coletar as decisões dos Ministros julgadores sobre a aplicação da reserva do possível e a efetivação do direito fundamental à saúde, identificando a posição dos Ministros em relação a essa questão e as suas eventuais referências em relação às demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas.

²³ Art. 5º, XXXV da CRFB/88. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Na análise do RE 657.718 do Supremo Tribunal Federal²⁴, este com acórdão publicado, que trata de medicamentos que não tem registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e tendem a ter um custo maior para ser adquirido, consta que o Estado de Minas Gerais se recusou a fornecer determinado medicamento, destinado ao tratamento da enfermidade hiperparatireoidismo secundário em paciente com insuficiência renal em diálise.

O Ministro relator Marco Aurélio firmou entendimento de não ser constitucional o fornecimento de medicamento não registrado, haja vista que poderia ser prejudicial à saúde do paciente, não analisando especificamente a questão da escassez de recursos por parte do Estado.

Para o Ministro Alexandre de Moraes não parece viável o mandamento inequívoco impondo a prestação de todo e qualquer serviço ou prestação médico-farmacêutica, ressaltando que essa premissa não afasta o direito fundamental à saúde.

Em uma das suas manifestações elucidou

Não se está atribuindo superioridade valorativa aos princípios constitucionais da programação orçamentária em prejuízo do direito social à saúde, o que seria a mitigação do mínimo existencial. Ao contrário, a preocupação, principalmente em momentos de crise orçamentária, crise arrecadatória, e não só nesses momentos, fica cada vez mais aguda. A preocupação é preservar a capacidade do Poder Público do Estado de sustentar financeiramente todas as suas políticas públicas, não só a que proporciona assistência médica ao maior número de pessoas possível, mas, a partir de uma estabilidade do orçamento público, permitir as condições indispensáveis para que os demais deveres do Poder Público também sejam corretamente exercidos, porque também estão ligados à efetividade de outros direitos fundamentais.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657718/MG** – Minas Gerais. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em: 13 nov. 2024.

Segue o seu discurso no sentido de caso fosse reconhecido um direito completamente diferente do planejado pelo sistema poderia prejudicar o coletivo, porque, o dinheiro vem de algum lugar e o dinheiro vem do orçamento da saúde, votando pela inconstitucionalidade que o judiciário ordene ao sistema público o fornecimento de medicamentos sem registros na Anvisa.

Em sentido contrário o Ministro Edson Fachin, ressaltou que o acesso a medicamentos como premissa do mínimo existencial não ignorando a escassez de recursos, tampouco que alguns cidadãos terão suas pretensões atendidas e outros não por conta da finitude do SUS, complementando que a reserva do possível definiria o limite de adjudicação.

Há que advertir, por fim, que a cláusula da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência alemã e é amplamente reconhecida na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não constitui, em si, um óbice para realização dos direitos sociais: ela é, em verdade, uma definição do limite da adjudicação. Esse limite, no entanto, não advém da finitude dos recursos do Estado, mas de uma possível sindicabilidade da decisão alocatória.

Ao final, o ministro votou que haveria o dever fornecimento de medicamentos não registrado pela ANVISA de modo excepcional, pois os tratamentos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde têm suas finitudes.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso é importante salientar o grande impacto financeiro que a disponibilização de medicamentos sem registro impõe ao sistema público de saúde.

É claro que a questão dos custos também se coloca neste caso. Afinal, medicamentos sem registro costumam ter valores elevadíssimos, já que muitas vezes devem ser importados e não se sujeitam ao controle de preços que é feito pela Anvisa em relação aos fármacos registrados. Para que se tenha uma ideia, de 2011 a 2013, a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo gastou cerca de R\$ 88,5 milhões apenas para atender menos de 700 demandas judiciais por medicamentos não registrados na agência reguladora. O custo médio despendido pelo Estado foi, assim, de quase R\$ 127 mil por pessoa – e isso, muitas vezes, sem que houvesse comprovação científica de que tais compostos eram seguros e eficazes para combater as doenças desses pacientes. E esses números têm crescido exponencialmente. Já em 2014, o Estado de São Paulo destinou R\$ 56,2 milhões para cumprir determinações judiciais de fornecimento de medicamentos importados, sem registro no país. No mesmo ano, o Ministério da Saúde despendeu aproximadamente R\$ 258 milhões para a compra de apenas 11 tipos de remédio não registrados na Anvisa.

Argumenta que na atual conjuntura de escassez de recursos, a aquisição de medicamentos sem registro são efetuados em prejuízo de atendimento a outras demandas prioritárias, afetando à saúde da população.

Nesse sentido neste recurso extraordinário, determinou o fornecimento do medicamento pleiteado, tendo em vista que, no curso da ação, este foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita, obrigando o Estado assim a fornecer tal insumo.

A ministra Rosa Weber, fez apenas uma referência à escassez de recursos, complementando que a falta de recurso orçamentário presentes no setor público seriam limite à atividade jurisdicional, assim o argumento da reserva do possível constitui limite à atuação judicial, dano provimento parcial ao recurso extraordinário.

O Ministro Dias Toffoli foi adiante. Fazendo referência a argumentos financeiros disponibilizados pela AGU, consignou em seu voto:

Em memorial trazido aos autos pela União, por exemplo, é apontado que o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA por ordem judicial foi responsável pelo dispêndio de mais de 450 milhões de reais no ano de 2015. Liderou essa lista de gastos o medicamento ECULIZUMABE/SOLIRIS, com custo, no mesmo ano, de quase 370 milhões de reais para o atendimento de 281 pacientes. A Advogada-Geral da União sustentou ainda, da tribuna, que o custo por paciente/ano foi de cerca de 1,2 milhões de reais.

O Ministro Ricardo Lewandowski apresentou voto curto, não traçando qualquer raciocínio acerca da escassez de recursos. Na mesma linha, o Ministro Luiz Fux apresentou voto curto sem acrescentar argumentos de índole econômica, assim como a Ministra Carmem Lúcia.

O Tribunal, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão.

Em seguida, por maioria, fixou-se a 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 (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”.

Assim, nesse caso julgado foi estabelecido limites ao dever do Estado em fornecer medicamentos experimentais, inviáveis ou não registrados, reafirmando a importância do registro sanitário na ANVISA para garantir a segurança e eficácia dos medicamentos, colocando como exceções para o fornecimento judicial de medicamentos sem registro, desde que atendidos requisitos específicos.

Em decisão recente no RE 566.471²⁵, originado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que obrigou o governo a fornecer um medicamento de alto custo para tratamento de urgência de uma doença cardíaca, o STF decidiu que, como regra, não é possível conseguir uma decisão na Justiça para receber medicamentos que não estão na lista oficial do SUS (Sistema Único de Saúde).

Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso apresentaram um voto conjunto, sendo acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Cristiano Zanin, Carmen Lúcia e Flávio Dino.

O Plenário decidiu que, se o medicamento registrado na Anvisa não constar nas listas do SUS (Rename, Resme e Remune), independentemente do custo, o juiz só pode determinar seu fornecimento excepcionalmente.

Segundo o entendimento, se um medicamento não está nas listas do SUS, não pode ser fornecido por decisão judicial. Mas isso pode acontecer em situações

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566471/RN** – Rio Grande do Norte. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Direito Constitucional. A concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, deve observar as teses firmadas no julgamento do Tema 6 da Repercussão Geral (RE 566.471). Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 20 de setembro de 2024. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 13 nov. 2024.

excepcionais, desde que o remédio esteja registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e que sejam preenchidos alguns requisitos.

A concessão de medicamentos por decisão judicial beneficia os litigantes individuais, mas produz efeitos sistêmicos que prejudicam a maioria da população que depende do SUS, de modo a afetar o princípio da universalidade e da igualdade no acesso à saúde.

Para os Ministros, o autor deve comprovar que o fornecimento foi negado pelo Estado na via administrativa e ainda que não houve pedido para incorporação; que houve pedido, mas a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) está demorando para analisá-lo; ou que a Conitec negou a incorporação de forma ilegal.

Há necessidade ainda do medicamento pleiteado ser imprescindível e insubstituível por outros que estejam nas listas do SUS. O autor ainda deve comprovar a eficácia e a segurança do remédio, além da sua incapacidade de arcar com os custos.

Assim foi fixado nessa decisão parâmetros para o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, estabelecendo limites para a atuação do Estado em relação ao direito à saúde e usando como premissa a "reserva do possível", no contexto da saúde brasileira, influenciando como o Estado balanceia o direito à saúde com as limitações orçamentárias, se mantendo o entendimento do julgamento do Recurso Extraordinário 657.718 anteriormente analisado.

Nesse sentido fica cristalino que o entendimento fixado se dá pela impossibilidade de privilegiar um único demandante em detrimento da coletividade, haja vista a limitação de recursos presentes no Sistema Público Brasileiro, não concedendo assim a integral assistência à saúde que algum cidadão possa necessitar, sendo o direito à saúde não absoluto e existindo barreiras legais a esta pretensão.

É interessante ao analisar tais decisões repercutir um posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes na votação do Recurso Extraordinário 657.718:

“Não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos de modo generalizado. O Judiciário tem, sempre que possível, que evitar ser um elemento desestabilizador do orçamento”

Assim constata-se que com o surgimento da teoria da reserva do possível no tocante ao direito fundamental à saúde será relativizado toda vez que o seu atendimento pôr em risco a sustentabilidade do sistema de saúde, principalmente nas questões relacionadas a aquisição de medicamento de alto custo, pois pode impactar a distribuição de recursos de saúde para a coletividade em geral²⁶.

Nesse sentido, as decisões jurisprudenciais buscam garantir a sustentabilidade financeira do Estado, não o obrigando ao fornecimento de todo e qualquer tratamento ou medicamento pleiteado pela sociedade.

Nota-se assim a flexibilização do atendimento a completa garantia do direito fundamental no sentido de que se alguém necessita de um medicamento de alto custo para tratar uma condição de saúde que afeta sua qualidade de vida ou sua sobrevivência, pode-se argumentar que o não atendimento é uma violação dessa prerrogativa haja vista a escolha pela aplicação da reserva do possível para não onerar o estado além da sua capacidade, com o poder público não sendo obrigado a fornecer gratuitamente medicamentos de alto custo não previstos na política de assistência do SUS.

²⁶ LOPES, Katia Moura; LIMA, Gabriel Rodrigues de; BIANCARDI, Thaiany; PIMENTA, Satina Priscila M. Judicialização da saúde: mínimo existencial ou reserva do possível?. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2022/05/judicializacao-da-saude-minimo-existencial-ou-reservado-possivel.pdf>. Acesso em: 23 out. 2024.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em busca de compreender como o surgimento da teoria da reserva do possível pode levar o afastamento da responsabilidade do Estado em casos específicos no tocante à saúde, o presente Trabalho de Conclusão de Curso, buscou verificar se efetivamente os direitos fundamentais previstos em constituição são assegurados ou relativizados no atual cenário do Brasil.

Sabedor que se verifica ser impossível a plena assistência nas questões de saúde da população, as decisões de ordem judicial buscam garantir o mínimo existencial, no qual são inegociáveis para a sobrevivência.

No entanto ocorre sistematicamente a alegação de falta de disponibilidade financeira com o objetivo de afastar a responsabilidade, postergando o cumprimento da obrigação do estado, haja vista a necessidade de ingressar com ação judicial para atender o usuário.

Nesse sentido, a reserva do possível não pode ser alegada reiteradamente como matéria de defesa do estado na ausência de recursos financeiros, mas este deve buscar atender a garantia dos direitos fundamentais de modo que se cumpra os preceitos constitucionais.

Uma reflexão importante neste contexto é a utilização da reserva do possível extraído do direito Alemão em 1972 na nossa sociedade, haja vista tamanhas diferenças sociais entre estes países, o que pode gerar ainda mais desigualdades na realidade brasileira²⁷.

Ademais, não se pode cumprir os direitos fundamentais somente quando o Estado se sentir confortável financeiramente para tal, correndo o risco de ser perpetuar desigualdades e conseqüentemente não estará o ente cumprindo com a sua obrigação social de proteção e efetivação da garantia à saúde.

²⁷ OLIVEIRA, José Ivo de Aguiar. A Teoria da Reserva do Possível e sua Aplicação no Brasil. **Revista FT**, Ciências Humanas, Ciências Jurídicas, v. 27, n. 120, 14 mar. 2023.

Assim a teoria da reserva do possível não pode ser confundida com má gestão dos recursos públicos. Muitas vezes, os recursos destinados à saúde são desviados ou mal administrados, enquanto a população continua enfrentando dificuldades no acesso aos serviços básicos²⁸.

Contudo, para se cumprir o que rege o ordenamento jurídico do Brasil é necessário que o serviço público por meio de seus administradores busque de demasiadas formas gerir os recursos de maneira idônea, evitando desvios de recursos que rotineiramente nos deparemos, afetando assim a prestação de serviço público de qualidade.

Por conseguinte, a efetivação do serviço público de maneira satisfatória ocasionará a redução da judicialização de questões que envolvam a saúde pública, de modo que não será necessário a tutela da justiça para ter a garantia de direitos básicos.

²⁸ MIRANDA, Jean Felipe. Limitações da Teoria da Reserva do Possível. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/limitacoes-da-teoria-da-reserva-do-possivel/2009827152>. Acesso em: 12 nov. 2024.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura; Bonavides, Paulo; Miranda, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2009, p.375.

AGRA, Walber de Moura; Bonavides, Paulo; Miranda, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2009, p.384.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 116-117

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 261

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p,592.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657718/MG** – Minas Gerais. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em: 13 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566471/RN** – Rio Grande do Norte. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Direito Constitucional. A concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, deve observar as teses firmadas no julgamento do Tema 6 da Repercussão Geral (RE 566.471). Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 20 de setembro de 2024. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 13 nov. 2024.

CASTRO, Emmanuelle Konzen. A Teoria da Reserva do Possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. **Revista de Direito**. Viçosa, v. 8, n. 1, p. 63-83. 2016, p. 76

CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 12

CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29

GALVÃO, Marco Antônio Moreira. Origem das Políticas de Saúde Pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930. Textos do Departamento de Ciências Médicas, Escola de Farmácia, UFOP. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 101

LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 183

LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 81

LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade 2. ed. rev. e atual. Curitiba Ed. Juruá, 2016. p. 240

LOPES, Katia Moura; LIMA, Gabriel Rodrigues de; BIANCARDI, Thaiany; PIMENTA, Satina Priscila M. Judicialização da saúde: mínimo existencial ou reserva do possível?. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2022/05/judicializacao-da-saude-minimo-existencial-ou-reservado-possivel.pdf>. Acesso em: 23 out. 2024.

MIRANDA, Jean Felipe. Limitações da Teoria da Reserva do Possível. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/limitacoes-da-teoria-da-reserva-do-possivel/2009827152>. Acesso em: 12 nov. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 dez. 1948.

Nações Unidas (ONU). Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na XXI Sessão, em 16 de dezembro de 1966

OLIVEIRA, José Ivo de Aguiar. A Teoria da Reserva do Possível e sua Aplicação no Brasil. **Revista FT**, Ciências Humanas, Ciências Jurídicas, v. 27, n. 120, 14 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 265.

SCHULZE, Clenio Jair. O direito à saúde é um direito absoluto?. 23 nov. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-direito-a-saude-e-um-direito-absoluto-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 12 nov. 2024.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, p. 205-226, jan./jun. 2013, p. 212

STIBORSKI, Bruno Prange. Reserva do Possível: Origem, Conceito e Ordens. JusBrasil. 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens/197458820>. Acesso em: 12 nov. 2024.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; Silva, Hudson Pacífico da. Saúde e desenvolvimento no Brasil: argumentos para promover a cidadania em tempos difíceis. **Revista de Saúde Pública**, v. 1, n. 2, 2021, p. 86-107, p. 103