



EQUIDADE:

**REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS**

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Lima
Governador

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

Prof. Dr. Cleinaldo de Almeida Costa
Reitor

Prof. Me. Cleto Cavalcante de Souza Leal
Vice-Reitor

Profa. Ma. Kelly Christiane Silsa e Souza
Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Profa. Ma. Samara Barbosa de Menezes
Pró-Reitora de interiorização

Profa. Dra. Maria Paula Gomes Mourão
Pró-Reitora de pesquisa e pós-graduação

Profa. Dra. Maria Olivia de A. Ribeiro Simão
Pró-Reitora de Planejamento

Prof. Dr. André Luiz Tannus Dutra
**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**

Prof. Me. Orlem Pinheiro de Lima
Pró-Reitoria de Administração

Profa. Dra. Maristela Barbosa Silveira e Silva
Diretora da Editora UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Profa. Ma. Taís Batista Fernandes Braga
Coordenadora do curso de Direito

EQUIDADE: REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

Profa. Ma. Taís Batista Fernandes Braga, UEA
Coordenação do curso de Direito

Profa. Dra. Patrícia Fortes Attademo Ferreira,
UEA

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar, UEA
Editores Chefe

Profa. Ma. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Editores Assistentes

Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, PUC-
SP

Profa. Dr. Danielle de Ouro Mamed, UFMS
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP
Conselho Editorial

Profa. Dr. Lidiane Nascimento Leão, UFOPA
Prof. Me. Assis da Costa Oliveira, UFPA
Prof. Dr. Nirson da Silva Medeiros Neto, UFOPA
Comitê Científico

Prof. Dr. Daniel Gaio - UFMG/MG
Prof. Dr. Paulo Victor Vieira da Rocha, UEA
Prof. Me. Alcian Pereira de Souza, UEA
Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, UEA
Profa. Ma. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Profa. Ma. Adriana Almeida Lima
Prof. Dr. Ygor Felipe Távora da Silva
Prof. Me. Neuton Alves de Lima
Avaliadores

Prof. Dr. Ygor Felipe Távora da Silva
Primeira revisão

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Revisão Final

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas

R454

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da Universidade do Estado do Amazonas/ Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Vol. 2. Nº 3. (2020). Manaus: Curso de Direito, 2020.

Semestral

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RESERVA DO POSSÍVEL: NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE RESERVE OF POSSIBLE: IN DRUG LAWSUITS

Anna Waleria Guerra Uchoa¹
Igor Belarmino Ribeiro Lins da Silva²

Resumo: Este artigo analisou a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o instrumento da reserva do possível nas ações de medicamentos, tendo em vista que pela precariedade do sistema público de saúde e da escassez de recursos públicos, muitos cidadãos se utilizam de meios judiciais invocando o mínimo existencial para obter medicamentos não fornecidos pelo Estado, ocasionando um grande impacto no orçamento público. Para tal objetivo, foi feita uma análise do direito à saúde nas Constituições Brasileiras, seguido de um estudo mais aprofundado do princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível. Foi realizada uma pesquisa jurisprudencial perante os Tribunais Superiores com o fito de buscar os julgados mais recentes sobre o tema. Aderiu-se uma metodologia com abordagem dedutiva e método de procedimento monográfico. A coleta de dados utilizada foi a de documentação indireta, por meio de livros e jurisprudências dos tribunais superiores. Concluiu-se que enquanto não houver maior diálogo entre os Poderes, o mínimo existencial e a reserva do possível sempre serão utilizados como um meio de tentar mascarar os diversos problemas de gestão do Poder Público.

Palavras-chave: Reserva do possível; Dignidade da pessoa humana; Medicamentos; Saúde; Estado.

Abstract: *This article analyze the relationship between the principle of the dignity of the human person and the instrument of reserving the possible in the drug lawsuits, bearing in mind that due to the precariousness of the public health system and the scarcity of public resources, many citizens use judicial means invoking the minimum existencial to obtain medicines not supplied by the State, causing a great impact on the public budget. For this purpose, an analysis of the right to health in the Brazilian Constitutions was made, followed by a more in-depth study of the principle of human dignity, the minimum existencial and the reserve of the possible. A jurisprudence survey from the Superior Courts in order to seek the most recent judgments on the subject. A methodology with a deductive approach and a monographic procedure method was used. The data collection used was indirect documentation, through books and jurisprudence from the Superior Courts. It was concluded that as long as there is no dialogue between the Powers, the minimum existencial and the reserve of the possible will always be used as a means of trying to mask the various management problems of the Public Power.*

Keywords: *Reserve of possible; Dignity of the human person; Drugs; Public health system; State*

¹Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1998). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo CIESA (2004). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005), com ênfase em Direito Ambiental e Ecologia Política. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidad Católica da Argentina - UCA - Buenos Aires. Professora Universitária em cursos de graduação em Direito. Email: guerrauchoaa@gmail.com.

²Discente do Curso de Direito do CIESA. E-mail: igor_belarmino@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Este artigo busca abordar, de forma crítica, o conflito que a sociedade atual vivencia entre a dignidade da pessoa humana e o direito à reserva do possível nas ações de medicamentos.

Não obstante, diante da escassez e da má utilização dos recursos públicos, o Poder Judiciário tem formulado políticas públicas que se concretiza por meio de suas decisões e jurisprudências que impõe ao Poder Executivo o atendimento a pretensão daqueles que buscam o Estado para garantir o direito à saúde. Esta decisão visa fornecer aos litigantes os medicamentos necessários à saúde, no entanto, não há consulta para averiguar se o Ente Público possui recursos suficientes para efetivar a medida judicial.

Ademais, o Sistema Único de Saúde – SUS, não possui capacidade para atender todos os seus usuários, o que resulta em seus beneficiários ajuizarem ações perante o Judiciário para buscarem, principalmente, medicamentos de alto custo e não fornecidos pelo SUS.

Mesmo se tratando de direito fundamental previsto no artigo 196, da Carta Magna de 1988, o direito à saúde, como todo direito, não é absoluto, devendo sempre observar a possibilidade financeira e a viabilidade da Administração Pública em fornecer o medicamento.

Conforme abordado neste artigo, como forma de amenizar o choque entre a reserva do possível e do mínimo existencial, os Tribunais Superiores têm buscado ao longo dos anos uma maneira de conciliar a necessidade do impetrante em obter os medicamentos para a garantia do direito fundamental e a viabilidade orçamentária do Ente Público em fornecê-lo.

Para conseguir analisar o tema, temos inicialmente a abordagem do Direito à saúde como um direito fundamental garantido nas Constituições Brasileiras, desde 1824 até os dias atuais, com a Constituição que foi denominada de “cidadã”, o que nos leva a compreender a importância desse direito. Em seguida analisamos o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve estar presente nas políticas públicas de qualquer Estado democrático de Direito, como forma de respeito ao ser humano e de garantir uma existência digna. A medida de fornecimento de medicamentos é então estudado, como forma de garantir o direito fundamental à saúde, buscando entender especialmente, em análise final, a reserva do possível como limite na implementação dos direitos sociais.

2. O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O direito à saúde teve sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1824, previsto no artigo 179, inciso XXXI, sob o nome de “socorros públicos”. Todavia, conforme informa Silva (2013, p. 77-78) os direitos garantidos na Constituição de 1824 eram dirigidos à elite aristocrática que dominava o regime, “não se pretendia reformar a estrutura colonial de produção, não se tratava de mudar a estrutura da sociedade: tanto é assim que em todos os movimentos revolucionários se procurou garantir a propriedade escrava”.

Com a Constituição de 1891 houve clara regressão na eficácia social, visto que não foram previstos, como na Constituição anterior, o direito ao socorro público e nem à instrução pública gratuita (SILVA, 2013). Portanto, a conquista aos direito à saúde que se iniciava na história do Direito no Brasil, voltava a ser negligenciado pelo Estado apesar dos reclames sociais.

Ademais, a história do Direito avança com a Constituição de 1934, que em seu art. 138, alínea ‘f’, incumbiu à União, os Estados e os Municípios de adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a combater a mortalidade e a infância. Novamente os direitos sociais ganhavam espaço no cenário político e jurídico do Estado democrático de Direito no Brasil.

Após avanços e retrocessos, somente na atual Constituição, promulgada em 1988, que recebeu o título de Constituição “cidadã”, em especial em seu artigo 6^a, houve uma maior preocupação com os direitos sociais do povo brasileiro: “Art. 6^o. 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” (grifou-se).

Portanto, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde, segundo Mendes e Branco (2017, p. 695), visto que as Constituições anteriores somente possuíam disposições rasas do tema, sem efetividade que garantisse, em especial, o fornecimento dos medicamentos necessários à saúde dos cidadãos que buscam tratamento adequado para todos os tipos de doenças, o que garante uma vida digna para todos, conforme o princípio universal da dignidade humana.

3. O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA

Primeiramente, para falar sobre dignidade da pessoa humana, é necessário adentrar no ramo filosófico. Sarlet (1998, p. 212) dizia que “a dignidade é expressão da posição social ocupada pelo indivíduo e pelo grau de reconhecimento que os demais componentes daquela comunidade atribuíam a um sujeito”. Logo, para o filósofo, existiriam pessoas mais ou menos dignas socialmente. A dignidade não era atributo do cidadão, mas direito de membros da sociedade que gozavam de posição social diferenciada.

Essa definição sofreria grandes mudanças ao longo do tempo, pois o filósofo alemão Immanuel Kant, no iluminismo alemão, começou a defender a autonomia moral do indivíduo. Para Kant (1980) ‘o homem deve ser levado a sério, sendo sempre o fim maior das relações humanas e nunca o meio’.

Corroborando a ideia Kantiana, de que o homem deve ser o centro das relações humanas, Gonçalves (2020, p. 347) afirma que pela teoria constitucional majoritária, a dignidade da pessoa humana, regulada pelo art. 1º, III, da CR/88, é erigida à condição de meta-princípio, ou seja, irradia valores e vetores de interpretação para os demais direitos fundamentais. Esta tese é aceita pela corrente majoritária, como alicerce para a garantia da dignidade do ser humano defendida pela atual Constituição.

Outro importante jurista, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirmou que:

[...] para finalidades jurídicas, a dignidade da pessoa humana pode ser dividida em três componentes: valor intrínseco, o qual se refere ao status especial do ser humano e como indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; autonomia, que expressa o direito de tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e valor comunitário, convencionalmente definido como a interferência estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal (BARROSO, 2012, p. 112).

Neste diapasão percebemos que os parâmetros mínimos para aferir a consecução normativa do supracitado princípio, visa a garantia da dignidade humana em bases sólidas de acordo com políticas públicas que aliem a efetivação jurídica e a administração do Estado. Tais parâmetros foram elencados por Fernandes (2020, p. 351):

- Não Instrumentalização, que busca proteger a essência do ser humano, buscando impedir que ele seja instrumentalizado, ou seja, não pode ser tratado como meio para obtenção de determinado fim;

- Autonomia existencial, a qual determina que todas as pessoas devem ter o direito de fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo com suas escolhas desde que elas não sejam práticas ilícitas;
- O Direito ao Mínimo Existencial, o qual determina que existam condições básicas para uma vida digna;
- Direito ao Reconhecimento, o qual expõe a ideia de que as injustiças podem se dar não apenas no campo da redistribuição de bens, mas também no campo do reconhecimento, portanto, é necessário respeitar as identidades singulares.

Este cenário alia as esferas do Poder Público à sociedade no reconhecimento do princípio da dignidade da vida humana e abre espaço para o debate acerca do direito à saúde como direito fundamental, cuja efetividade somente é possível a partir do fornecimento de medicamentos que possam garantir o tratamento ou cura dos pacientes que necessitam da atenção do Estado.

4. DO DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Tendo em vista que o Direito ao mínimo existencial determina condições básicas para uma vida digna, todo cidadão tem o direito fundamental ao mínimo que garanta sua vida digna. Diante disso, Silva (2013, p. 309) afirma ser indiscutível que o direito à saúde relaciona-se de forma direta com o direito à vida.

Primeiramente, é de suma importância estabelecer o conceito de saúde, estabelecido no artigo 196 da Constituição Federal de 1988:

Art. 196. **A saúde é 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. (grifou-se).

Para garantir esse direito, muitos precisam recorrer às “ações de saúde”, que são de relevância pública, conforme estabelece o art. 197 da Carta Magna de 1988, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, “sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Segundo Reissigner (2008, p. 105), há dois modelos de medidas de saúde: as medidas de saúde preventiva e as medidas de saúde curativa. O primeiro se revelaria como um status

de liberdade positiva, conectado ao mínimo existencial. O Segundo se apresenta como um status positivo social.

Neste entendimento, podemos encontrar na doutrina majoritária dois aspectos relacionados aos direitos sociais. Estas duas vertentes abordam o direito à saúde de forma peculiar. De acordo com Pedro Lenza, a existência da natureza negativa determina que o Estado ou particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros, já a existência de natureza positiva estabelece uma posição de fomento por parte do Estado prestacionista para implementar o direito social (LENZA, 2018, p. 1339).

Como forma de reforçar a natureza obrigacional por parte do Estado nas ações de saúde, a Emenda Constitucional n 29º/00, o §2 do art. 198 passou a dispor da obrigatoriedade de uma aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, transformando essa reserva de recursos como norma de observância obrigatória, inclusive sob pena de intervenção no caso de descumprimento, conforme determina o art. 34, VII, ‘e’ da CF/88.

O Sistema único de saúde é a garantia do direito à saúde para muitos cidadãos que não têm renda para arcar com altos custos do tratamento para a garantia da saúde ou mesmo da vida. Como leciona Menezes:

[...] hoje há dois sistemas de saúde no País: o SUS, gratuito, por vezes precário, mas com acesso universal, que a própria prática reservou para as famílias de baixa renda; e o sistema privado contributivo e, em tese, de boa qualidade, seletivamente reservado às classes economicamente superiores (MENEZES, 2015, p. 126).

E ainda segue a análise desse distanciamento social crescente no Brasil, onde as reais necessidades de saúde da população brasileira de baixa renda poderiam ser solucionados com políticas públicas efetivas de saúde com baixo impacto financeiro por parte do Estado, conforme a citação abaixo:

Cerca de 80% dos problemas de saúde da população brasileira seriam passíveis de serem resolvidos pelo atendimento de primeira linha (rede básica de serviços de saúde: centros de saúde, ambulatórios etc.); no entanto, criou-se no País, uma infraestrutura de serviços altamente complexa, com alta densidade tecnológica, sem integração e hierarquização dos serviços, de acordo com sua complexidade tecnológica. Como resultado, a população passa a ser atendida por serviços cuja lógica de acesso não responde à relação disponibilidade de atendimento, mas à necessidade de lucratividade do setor privado. (COHN E ELIAS, 1996, p 117, apud MENEZES, 2015, p 126)

O Sistema Público de Saúde – SUS é regulamentado pela lei 8.080/90, e segundo Menezes (2015. p. 127) cabe ao Setor Público a adoção de medidas de caráter coletivo como

vacinação em massa, controle de moléstias transmissíveis, etc.. Porém, nos últimos anos, houve um crescente atendimento de caráter individual.

Nesse sentido podemos entender que o SUS é responsável por oferecer à população em geral as mais diversas especialidades médicas, desde o procedimento mais simples aos mais complexos. Porém, o sistema não se comunica bem com a sociedade sobre qual serviço está prestando e para quem, e não supri todas as necessidades dos usuários (MENEZES, 2015. p. 134).

Perante este cenário de não suprir todas as necessidades dos usuários, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade de concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS, conforme decidido no Edcl no REsp 1657156/RJ, Relatória do Ministro Benedito Gonçalves, na 1º Seção, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 494, I, DO CPC/2015. CORREÇÃO DE INEXATIDÃO MATERIAL. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO REPETITIVO.

1. O inciso I do art. 494 do CPC/2015 possibilita ao julgador a correção de ofício de eventuais inexatidões materiais no decism. 2. No caso dos autos, a fim de evitar dúvidas, impõe-se a alteração do termo inicial da modulação dos efeitos. 3. Ante o exposto, de ofício, altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos, do presente recurso especial repetitivo, para a data da publicação do acórdão embargado (4/5/2018).

TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018. (EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018).

Em apartada síntese do julgado acima, para o fornecimento de medicamentos não previstos pelo SUS, é necessário o preenchimento de 03 (três) requisitos essenciais:

- I) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- II) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- III) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Outra via de efetivação do direito à saúde se dá pela ação do Ministério Público, que, através da ação civil pública, tem legitimidade para provocar o Poder Judiciário quanto às omissões totais ou parciais por parte do Poder Público na implementação das ações e serviços de saúde, conforme fora cristalizado tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo Supremo Tribunal Federal:

O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença. STF. Plenário. RE 605533/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/8/2018 (repercussão geral) (Info 911).

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

STJ. 1ª Seção. REsp 1682836-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo) (Info 624).

Ademais, já foi pacificado a possibilidade de fornecimento, pelo entendimento do Poder Judiciário, de medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.

(RE 855178 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020).

Ato contínuo, conforme Cavalcante (2019), em estudo realizado do julgado acima, é possível o fornecimento de medicamentos fora do rol da ANVISA quando preenchidos os seguintes requisitos:

Fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados pela ANVISA

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (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 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
 - a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
 - b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
 - c) 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.

STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

5. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Primeiramente, ao se falar em alocação de recursos públicos, é imprescindível adentrar no ramo do Direito Financeiro, isto, pois, segundo Leite (2019, p. 68) “O direito financeiro estuda a atividade financeira do Estado que, por sua vez, compreende a receita, o orçamento, a despesa e o crédito público.

Ademais, o objeto de estudo é amplo e inegavelmente vincula-se à efetivação dos direitos fundamentais. Diante disso, Leite (2019, p. 69) afirma que “a eficiência dos gastos públicos também possui como ponto de partida a higidez na elaboração e na execução da lei orçamentária”, portanto, é essencial para uma melhor alocação de recursos, que haja um prévio planejamento por parte do Estado para buscar uma melhor distribuição de recursos.

Neste entendimento, o planejamento do orçamento público é de extrema importância, por esta razão Torres (2001, p. 282-283) conceitua orçamento público como o:

[...] documento de quantificação dos valores éticos, a conta da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.

Logo, é cristalina a necessidade de atenção do Poder Público na elaboração, não obstante, deve-se buscar higidez na sua efetivação e no seu controle, seja ele popular, político ou judicial, pois de acordo com Leite (2019, p. 69) existe um “manejo com recursos limitados e a inevitável necessidade de escolhas trágicas.”

Em relação aos recursos limitados a Constituição Federal em seu art. 165, §8, determina que:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
§ 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

Tal disposição trata de 02 (dois) atos complexos em relação à despesa, pois, segundo LEITE (2019, p. 70) “além do estabelecimento de políticas públicas sem relação direta com direitos fundamentais, e, alguns casos, tenta-se abarcar a satisfação do maior número de direitos possíveis com a consciência de que não há recursos para se atender todas as despesas a realizar.”

Tendo em vista a escassez de recursos para a efetivação dos direitos sociais, o Poder Público passou a invocar a chamada cláusula da “reserva do possível”, a qual segundo Fernandes (2020, p. 894)

[...] começou a ser alegada a partir da década de 1970, é criação do Tribunal Constitucional Alemão e compreende a possibilidade material (financeira) para prestação dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos.

Buscando delimitar um conceito constitucionalmente adequado de reserva do possível, Sarmiento (2010, p. 199-201) leciona no sentido de que:

[...] a reserva do possível é dotada de um conteúdo fático e um conteúdo jurídico. O primeiro envolve a real e efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, já o segundo diz respeito a existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.

Todavia, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de controle judicial das políticas públicas, como medida necessária para a garantia de efetividade dos direitos sociais, em razão da omissão dos demais Poderes Constituídos.

Neste diapasão, o poder Judiciário acabou por ser acionado por grande gama da população que buscava uma efetiva prestação de seus direitos sociais, o que segundo Leite (2019, p. 56) ocasionou inúmeras decisões proferidas pelo Judiciário que causavam reflexos no orçamento:

[...] à análise de questões orçamentárias se deu pela impossibilidade de cumprimento de suas decisões dessa natureza. Nesse sentido, o Judiciário passou a ser acionado por supostas violações de direitos, principalmente os direitos sociais, em que se exigia a tomada de postura frente a negação de determinados pedidos, ocorrendo que sua proteção fatalmente resvalaria nos custos públicos.

Diante dessa insegurança, a intervenção judicial tornou-se aceitável desde que alguns critérios fossem observados, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 1.185.474-SC, de relatoria do Ministro Humberto Martins, vejamos:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. 5. Com isso, observa-se que **a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.** Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da

essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76. 10. **Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.** 11. **Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.** No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Recurso especial improvido.

(STJ - REsp: 1185474 SC 2010/0048628-4, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2010) (grifo nosso)

Com fundamento no julgado acima, é possível extrair os seguintes fundamentos para ocorrer a intervenção do Judiciário no âmbito das políticas públicas que buscam a efetivação dos direitos fundamentais, sendo estes:

I) a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador;

II) é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável;

III) por fim, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa

genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Dessa forma, finaliza LEITE (2019, p. 60) a reserva do possível pode ser oponível à efetivação dos direitos fundamentais, não obstante, esta não pode ser oponível a realização do mínimo existencial, ou seja, o mínimo para garantir uma vida digna.

Porém, Fernandes (2020, p. 899) afirma que toda discussão sobre o tema, seja a reserva do possível ou do mínimo existencial “está posta para mascarar o problema da escolha política quanto à alocação de recursos orçamentários levada a cabo pelos Poderes Executivo e Legislativo”. Oculta-se, na verdade, a inexistência de qualquer programa político, a curto, médio e longo prazo, voltado para as ações sociais.

Para agravar a situação, é óbvia a eleição de prioridades que variam de pessoa para pessoa, ocasionando diversas injustiças na distribuição de recursos. Lima (2015, p. 81) afirma que “os diferentes atores sócias buscam seus próprios interesses, não são seres altruístas, voltados unicamente para o bem coletivo, preocupados com o bem-estar geral do povo”.

Logo, sem um devido dialogo entre os poderes e uma melhor alocação de recursos, sempre existirá dificuldade para a efetivação dos direitos sociais e, por consequência, a carência de fornecimento de medicamentos para os realmente necessitados, Fernandes (2020, p. 901) por fim, ressalta a necessidade de uma “abertura para discussão em espaço institucional próprio – e este, nem de longe, é o Judiciário”.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, observou-se que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consagrar a saúde como direito fundamental. Ademais, foi apresentada a grande relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, que funciona como um meta-princípio, irradiando valores e vetores para os demais direitos fundamentais.

Foi interessante observar como o direito à saúde no Brasil é direito de todos e dever do Estado, o qual desenvolveu dois sistemas de saúde, um público e gratuito, por vezes precário, mas com acesso universal, que a própria prática reservou para as famílias de baixa renda; e o sistema privado contributivo e, em tese, de boa qualidade, seletivamente reservado às classes economicamente superiores.

Não obstante, tendo em vista os problemas de logística no sistema público e o alto custo do sistema privado, grande parte da população precisa exercer outros meios para obter seus medicamentos. Nesse diapasão, ocorre o fenômeno da judicialização da saúde, o que

acaba por ocasionar um grande desequilíbrio entre os Poderes, visto que o Judiciário, por meio de suas decisões, acaba por interferir diretamente no orçamento público do Poder Executivo.

Foi importante constatar o papel iluminista dos Tribunais Superiores, os quais por meios de suas decisões de repercussão geral, acabam por viabilizar o acesso a grande parte da população dos mais diversos medicamentos, todavia, muitas vezes acabam criando obrigações impossíveis de serem cumpridas pelo Poder Público que muitas vezes invoca a cláusula da reserva do possível pela sua insuficiência de recursos.

Por fim, conclui-se com este trabalho que, caso não haja um diálogo entre os Poderes Legislativo e Executivo sobre a possibilidade de metas a médio e longo prazo, os conceitos de mínimo existencial e reserva possível sempre serão usados para mascarar um grave problema interno de gestão dos recursos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico da jurisprudência**, p. 112, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1185474/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399>>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em: 15/07/2020.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados pela ANVISA**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4d7a968bb636e25818ff2a3941db08c1>>. Acesso em: 13/07/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Legitimidade do MP para ajuizar ação pedindo o fornecimento de medicamento**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/05f17e3cfa5de42020eaa6df34fb4805>>. Acesso em: 13/07/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível

Revista Equidade. Vol. 2. Nº 3, Jul-Dez 2020.
ISSN: 2675-5394

em:<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/27b09e189a405b6cca6ddd7ec869c143>>. Acesso em: 13/07/2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Atualizada e ampliada. Editora JusPodivm, 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. [Os Pensadores]

LEITE, Harrison; **Manual de Direito Financeiro**. 8ª ed. Editora JusPodivm. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, p 1339, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, pg. 695-697 2017.

MENEZES, Victor Hugo Mota de, **Direto à Saúde e Reserva do Possível**. Curitiba Juruá, 2015.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel, **Por um Constitucionalismo Inclusivo**, Editora: Lumen Juris; Edição 1ª, 1 de janeiro de 2010, p 199-201

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2013

TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos. Teoria dos direitos fundamentais**. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Data de submissão: 25 de setembro de 2020.
Data de aprovação: 25 de novembro de 2020.