

Jadson Correia de Oliveira
Jordânia Oliveira Sousa

Direito
à
Saúde
no
Brasil
e a

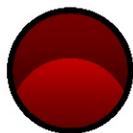
inaplicabilidade da
Reserva do Possível



A presente obra visa tratar acerca da Teoria da Reserva do Possível originada a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, mais conhecida por *numerus clausus*. A referida teoria é altamente controversa na doutrina e nos tribunais nacionais, considerando a dificuldade em se estabelecer um entendimento uniforme quanto à sua aplicabilidade no contexto jurídico-social brasileiro. No *leading case numerus clausus*, a Corte Alemã suscitou em sua decisão o argumento da reserva do possível para afirmar a necessidade de um juízo de ponderação naquilo que se pode exigir judicialmente do Estado, em outras palavras, provocou a reflexão acerca de até onde alcança a tutela estatal de direitos. Após isso, a mencionada teoria passou a ser adotada em diversos outros países, contudo, com o intuito de justificar a existência de limites à efetivação de direitos, mais precisamente, dos classificados como de segunda geração, denominados sociais, a exemplo do direito à saúde. No Brasil, a Teoria da Reserva do Possível tem sido utilizada pelo Estado nas ações em que é demandado a fornecer determinada prestação material, como medicamentos, para, entre outros fins, se desobrigar do seu dever de viabilizar o acesso efetivo à saúde, apoiando-se na suposta limitação orçamentária provocada pela escassez de recursos. Considerando que, em determinados casos, o paciente necessita do fármaco em caráter de urgência, não se verifica outra alternativa, diante da negativa de fornecimento pelo Estado, senão a de acionar o Poder Judiciário, onde em sua defesa, conforme dito alhures, o Poder Público tem empregado a Reserva do Possível, a fim de justificar a não implementação de políticas públicas que efetivamente assegurem o acesso aos medicamentos. São diversas as circunstâncias envolvidas na referida problemática, de maneira que se buscará, por meio da análise da crescente judicialização do direito à saúde, verificar a possibilidade de o Judiciário assegurar o cumprimento dos dispositivos da Constituição da República, violados quando da resistência do Estado em proporcionar o medicamento vinculado. Tratar-se-á, ademais, da discricionariedade administrativa para a prática de determinados atos, como a alocação dos recursos destinados às políticas públicas de saúde.



**Direito à saúde no Brasil e
a inaplicabilidade da
Reserva do Possível**



Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

**Direito à saúde no Brasil e
a inaplicabilidade da
Reserva do Possível**

Jadson Correia de Oliveira
Jordânia Oliveira Sousa



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 81

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUSA, Jordânia Oliveira

Direito à saúde no Brasil e a inaplicabilidade da Reserva do Possível [recurso eletrônico] / Jadson Correia de Oliveira; Jordânia Oliveira Sousa -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

94 p.

ISBN - 978-65-81512-63-7

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Saúde; 3. Brasil; 4. Reserva do Possível; 5. Alemanha; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio.....	9
Ana Thereza Meirelles	
1	11
Introdução	
2.....	15
A teoria da reserva do possível	
2.1 Decisão germânica do <i>numerus clausus</i>	16
2.1.1 Ambientação Jurídica da Reserva do Possível na Alemanha	19
2.2 A Reserva do Possível no Sistema Jurídico Brasileiro.....	22
3.....	26
As demandas judiciais por medicamentos	
3.1 O Poder Judiciário como garantidor do acesso a saúde	27
3.2 A reiteração das ações judiciais de medicamentos.....	30
3.2.1 Os medicamentos não previstos nas listas governamentais.....	32
3.2.2 A afetação do Recurso Especial 1.657.156/RJ	36
3.2.3 O argumento da limitação orçamentária do Estado	39
3.3 A responsabilidade solidária dos entes da federação.....	40
4.....	44
Entraves à aplicação da reserva do possível	
4.1 As disparidades dos contextos jurídico-sociais germânico e brasileiro.....	45
4.1.1 A Lei Fundamental de Bonn e a Constituição da República de 1988	47
4.1.2 Sistema de Saúde: Brasil x Alemanha.....	50
4.2 O acesso a medicamentos enquanto direito fundamental	54
4.3 Subsunção da discricionariedade administrativa à lei	59
4.4 O controle orçamentário público	62

4.4.1 A justiciabilidade da alocação de verbas públicas	67
4.4.2 Redução dos gastos supérfluos do Estado.....	71
4.4.3. Decreto Executivo: criação de créditos suplementares e especiais	73
5.....	77
A reserva do possível nos tribunais superiores do Brasil	
5.1 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	77
5.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal	82
Considerações finais.....	86
Referências.....	90

Prefácio

*Ana Thereza Meirelles*¹

Prefaciар um livro que evidencia uma pesquisa científica é sempre uma tarefa especial, considerando a missão de apresentar com clareza, compromisso e veracidade o resultado do trabalho dos autores. Cumpriu a mim o honroso convite para construir o prefácio da pesquisa em comentário, de autoria dos queridos Jadson Oliveira e Jordânia Sousa, que versa sobre tema tão delicado e cada vez mais incidente no rol das discussões que abarcam a delimitação das obrigações democráticas de um Estado.

A complexidade das relações sociais nos dias de hoje aponta para o crescimento expressivo das demandas que podem abranger o braço de atuação do Estado, tendo em vista tratarem de direitos eivados de fundamentalidade, portanto, muitas vezes, imediatos, não submetidos a qualquer possibilidade de protelação. Assim é o Direito à Saúde, fundamental em sua essência, imediato em sua importância, objeto de múltiplas discussões no país e no mundo, quando frontalmente colidente com a preliminar projeção dos limites dos recursos do Estado, tornando-o objeto de ações judiciais que questionam tais limitações.

O livro tem como ponto de partida a investigação da teoria da reserva do possível, exaustivamente mencionada entre os juristas, citadas nos livros temáticos e usada em sede jurisprudencial, seja para encampar a negativa do fornecimento do medicamento pleiteado, seja afastar a sua incidência como motivação obstrutiva. Disso então resulta a pretensão dos autores em analisar a possibilidade de imposição de limites, pelo Estado, a partir do argumento da reserva do possível, ao atendimento de demanda judicial que reivindique o acesso a medicamentos imprescindíveis à saúde

¹ Pós-Doutoranda em Medicina pela Faculdade de Medicina da UFBA. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA. Professora da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professora do PPGD da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Professora da Faculdade Baiana de Direito.

do postulante e não constantes nas listas farmacológicas do Sistema Único de Saúde.

Na pesquisa, resta construído um panorama importante do crescimento da judicialização da saúde no país, que envolve a União, Estados e Municípios, em paralelo à consciência social do direito de acesso à Justiça, motivada pelos anseios de concretização do caráter universal e igualitário das garantias constitucionais.

Os autores descortinam o uso da teoria da reserva do possível, a partir do seu contexto de surgimento, considerando a realidade brasileira, em que o Estado não cumpre, por vezes, sequer obrigações primordiais e elementares à sobrevivência de seus cidadãos. Propõem então configuração adequada ao uso da teoria, partindo da preponderância do direito à existência digna, motivadora das múltiplas demandas judiciais, em sede de liminares, que assolam a cada dia o Judiciário em suas distintas esferas. Assim, tratam da necessidade e da discricionariedade administrativa no processo de alocação de recursos destinados à realização de políticas sociais de saúde, por vezes, inexistentes, falhas ou inadequadas.

Concluindo a base epistemológica, os autores analisam, por fim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em prol de fixar pragmaticamente a posição jurisprudencial predominante no país, a partir do descortinamento dos fundamentos usados pelos mesmos para garantir direitos fundamentais vilipendiados.

Com maestria, Jadson e Jordânia possibilitam aos seus leitores uma escrita leve, dinâmica e concisa, na medida em que optam por dimensionar os argumentos mais importantes em prol de conformar a disciplina jurídica de um dos direitos mais acionados judicialmente. O livro *“Direito à saúde no Brasil e a inaplicabilidade da Reserva do Possível”* reflete pesquisa científica que agrega importantes fontes sobre a temática, consolidando, em seu viés crítico, a dimensão essencial do direito fundamental à saúde quando apregoa a necessidade de afastamento de fundamentos não legítimos.

Salvador, 03 de fevereiro de 2020.

Introdução

A presente obra visa tratar acerca da Teoria da Reserva do Possível originada a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, mais conhecida por *numerus clausus*. A referida teoria é altamente controversa na doutrina e nos tribunais nacionais, considerando a dificuldade em se estabelecer um entendimento uniforme quanto à sua aplicabilidade no contexto jurídico-social brasileiro.

No leading case *numerus clausus*, a Corte Alemã suscitou em sua decisão o argumento da reserva do possível para afirmar a necessidade de um juízo de ponderação naquilo que se pode exigir judicialmente do Estado, em outras palavras, provocou a reflexão acerca de até onde alcança a tutela estatal de direitos. Após isso, a mencionada teoria passou a ser adotada em diversos outros países, contudo, com o intuito de justificar a existência de limites à efetivação de direitos, mais precisamente, dos classificados como de segunda geração, denominados sociais, a exemplo do direito à saúde.

No Brasil, a Teoria da Reserva do Possível tem sido utilizada pelo Estado nas ações em que é demandado a fornecer determinada prestação material, como medicamentos, para, entre outros fins, se desobrigar do seu dever de viabilizar o acesso efetivo à saúde, apoiando-se na suposta limitação orçamentária provocada pela escassez de recursos.

Considerando que, em determinados casos, o paciente necessita do fármaco em caráter de urgência, não se verifica outra alternativa, diante da negativa de fornecimento pelo Estado, senão a de acionar o Poder Judiciário, onde em sua defesa, conforme dito alhures, o Poder Público tem

empregado a Reserva do Possível, a fim de justificar a não implementação de políticas públicas que efetivamente assegurem o acesso aos medicamentos.

São diversas as circunstâncias envolvidas na referida problemática, de maneira que se buscará, por meio da análise da crescente judicialização do direito à saúde, verificar a possibilidade de o Judiciário assegurar o cumprimento dos dispositivos da Constituição da República, violados quando da resistência do Estado em proporcionar o medicamento vindicado. Tratar-se-á, ademais, da discricionariedade administrativa para a prática de determinados atos, como a alocação dos recursos destinados às políticas públicas de saúde.

Desse modo, o objetivo do trabalho é analisar a possibilidade de o Estado impor limites ao atendimento de demandas que visem o acesso a direitos fundamentais, tais como medicamentos imprescindíveis à saúde do postulante, se utilizando da Teoria da Reserva do Possível, originalmente aplicada em contexto jurídico totalmente diverso do qual é empregada no Brasil.

Em relação à metodologia, será utilizado o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção bibliográfica, jurisprudencial e normativa acerca da Teoria da Reserva do Possível, sendo analisada sua origem e (in)adequação ao contexto jurídico-social brasileiro.

Apresenta-se, no capítulo segundo, a origem e os fundamentos que embasam a Teoria da Reserva do Possível e quais parâmetros foram considerados para a sua aplicação na decisão *numerus clausus*. Analisa-se o ambiente jurídico positivo em que a Reserva do Possível foi suscitada na Corte Alemã, de maneira a verificar como os direitos sociais, nos quais está incluído o direito à saúde, são tratados no ordenamento daquele país, bem como de que forma esta tese jurídica foi inserida no sistema normativo brasileiro.

O capítulo terceiro, por sua vez, abordará a frequente judicialização de demandas visando o acesso a medicamentos, notadamente aqueles ainda não constantes nas listas de dispensação gratuita do governo, bem

como a relevância do Poder Judiciário enquanto garantidor do atendimento ao preceito constitucional que estabelece o direito universal e igualitário à saúde. Além disso, se analisará a possibilidade de o direito fundamental à saúde, neste caso, aos medicamentos, poder ser exigido de qualquer ente federado de forma solidária e a frequente utilização pela Administração Pública do argumento da escassez de recursos.

Seguindo o contexto, o capítulo quarto abordará os entraves à aplicação da Teoria da Reserva do Possível nas ações judiciais de medicamentos trazendo ao debate a considerável disparidade contextual na qual a referida tese jurídica vem sendo aplicada no Brasil, uma vez que a sua origem remonta à conjuntura social de um país considerado como uma das potências econômicas do mundo. Analisando-se o fato de que, diante dos preceitos estabelecidos na norma constitucional brasileira, parece ser razoável considerar a incompatibilidade da Reserva do Possível frente aos direitos que buscam resguardar o mínimo para uma existência digna, os quais não são passíveis de ser quantificados economicamente.

Ademais, tratar-se-á da necessidade de a discricionariedade administrativa, na alocação de recursos destinados à realização de políticas sociais de saúde, respeitar pressupostos de legalidade e razoabilidade, sempre em observância aos ditames constitucionais. E, de igual modo, as diversas vezes em que o Poder Público coloca entraves financeiros para o atendimento de demandas que visem o acesso à saúde, não obstante direcione recursos significativos para outros fins, não essenciais, como o daqueles que buscam o tratamento para as suas enfermidades.

Outrossim, verificar-se-á a possibilidade de destinação de recursos públicos para a aquisição de medicamentos por intermédio de decreto executivo, instrumento privativo do chefe do Poder Executivo.

No quinto capítulo, por fim, serão analisados julgados das altas cortes brasileiras, notadamente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o qual vem defendendo a inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível em ações que pretendem resguardar direitos constitucionalmente garantidos, além do Supremo Tribunal Federal - STF, que tem se posicionado no mesmo

sentido, o da incumbência do Estado em fornecer medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde dos pacientes, tendo em vista que argumentos orçamentários não devem impedir o suprimento das suas necessidades, principalmente quando se tratem de pessoas desfavorecidas.

De mais a mais, ainda no sobredito capítulo será analisada a afetação do Recurso Especial nº 1.657.156 que trata da obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais).

Ante o exposto, a realização deste estudo revela o interesse em refletir sobre até que ponto o Estado pode alegar que fornecer determinados medicamentos é obrigação financeiramente inviável, utilizando-se da tese defensiva da Reserva do Possível, tendo em vista que a Constituição da República outorgou direitos essenciais e determinou obrigações que, pela aplicação descontextualizada da referida teoria, tornam-se sem qualquer eficácia.

A teoria da reserva do possível

Muito se tem discutido, atualmente, acerca de qual seria a adequada concepção da Teoria da Reserva do Possível. Isso porque, na decisão onde este conceito jurídico inovador foi originalmente suscitado, pretendia-se estabelecer parâmetros de razoabilidade naquilo que se pode exigir do Estado e não, propriamente, utilizá-lo como justificativa da suposta impossibilidade do Poder Público em atender direitos, sob o argumento de comprometimento financeiro.

Com efeito, a referida teoria foi conformada pela Corte Constitucional Germânica alicerçada em fundamentos próprios do sistema jurídico daquele país, além de ter sido influenciada pelas regras *numerus clausus*, que estabeleciam um limite ao número de vagas ofertadas pelas universidades públicas alemãs. Esse entendimento foi adaptado e tornou-se paradigmático para as demais demandas que viessem a exigir do Estado uma prestação material, as quais deveriam sempre passar pelo crivo da razoabilidade.

Ao ser importada para o ordenamento jurídico brasileiro, a Reserva do Possível perdeu seu sentido original e passou a criar óbices à efetivação dos direitos sociais, nos quais se incluem o direito a saúde e, por conseguinte, a medicamentos. No Brasil, tais direitos possuem status constitucional, o que não ocorre no contexto jurídico germânico, onde encontram respaldo em leis infraconstitucionais.

Sobreleva-se, portanto, uma latente incongruência na utilização desta teoria no âmbito nacional, tendo em vista que sua primeira aplicação se deu em um Estado com estrutura jurídica e econômica notadamente diversa da realidade brasileira.

2.1 Decisão germânica do *numerus clausus*

A procedência da Teoria da Reserva do Possível remonta à década de 70, mais precisamente 18 de julho de 1972, quando foi suscitada de forma inovadora em decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã, com o intuito de afirmar a necessidade de um juízo de ponderação nas demandas judiciais que exigissem uma prestação material por parte do Estado.

O mencionado julgado, identificado como *BVerfGE 33, 330*, tratava do pleito de dois estudantes por vagas no curso de Medicina, nas instituições de ensino superior dos estados alemães da Bavária e Hamburgo, uma vez que tiveram seu acesso às mesmas obstado em virtude da limitação na quantidade de vagas disponíveis. A referida restrição tinha como supedâneo as regras *numerus clausus* destinadas às universidades, as quais fixavam requisitos específicos para o ingresso no ensino superior. (PEREIRA, 2009)

Diante da problemática, o Tribunal Constitucional foi acionado para que realizasse o controle de constitucionalidade das regras *numerus clausus*, tendo em vista a possibilidade de violação ao art. 12, I, da Lei Fundamental de Bonn, atual constituição da Alemanha, o qual estabelece que “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem [...]” (ALEMANHA, RFA, 1949).

Foi então que a Corte Germânica esclareceu, no bojo da sua decisão, que no período compreendido entre 1952 a 1967 (após a Segunda Guerra Mundial), a procura por vagas no ensino superior aumentou consideravelmente, o que levou o governo federal a adotar medidas que regulamentassem tal demanda. A busca pelo curso de Medicina, especificamente, era numerosa, porquanto, no inverno de 1970/1971, dos 11.000 candidatos, apenas 3.000 foram aprovados, de maneira que, na segunda metade da década de 60 o governo federal decidiu adotar medidas com o objetivo de regulamentar a mencionada conjuntura, quando então as regras *numerus clausus* foram intensamente aplicadas nas universidades. (PEREIRA, 2009)

Conforme ressalta PEREIRA (2009), “as regras *numerus clausus* [...] tinham por fundamento não só a incompatibilidade entre a oferta e a demanda de vagas, mas, também, a necessária manutenção de uma estrutura adequada das instituições”. Assim, a aplicação de tais regras fundava-se na necessidade de se conciliar a grande demanda de vagas com o que, razoavelmente, o Estado Alemão poderia ofertar no que concerne ao ensino superior.

Ressalte-se, ainda, que, no caso germânico, o Tribunal Constitucional esclareceu que não se tratava de restringir o direito dos cidadãos à livre escolha do curso pretendido e da respectiva instituição de ensino. Era garantido aos postulantes, assim como a qualquer cidadão que atendesse aos requisitos necessários, o direito de concorrer, sem obstáculos, à vaga pretendida. (PEREIRA, 2009)

O que a Corte não admitiu, porém, foi que a vaga no curso superior fosse considerada direito subjetivo, suscetível de reivindicação judicial. Destarte, compreendeu que as regras *numerus clausus* não infringiam o direito à liberdade de escolha da profissão, consoante preceitua a Constituição alemã, mas, sim, selecionavam os candidatos aptos às vagas pretendidas. (PEREIRA, 2009)

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2012) explica o posicionamento da Corte Germânica, a qual terminou por reconhecer que a criação de universidades de ensino superior pelo Estado, em esferas que este atua com exclusividade e onde os recursos públicos consistem em condição para o acesso efetivo de direitos fundamentais, há a necessidade da conjugação de determinados requisitos constantes na Lei Fundamental de Bonn, como a garantia da liberdade de escolha da profissão (artigo 12, inciso I); o princípio geral da igualdade (artigo 3º, inciso I) e o postulado do Estado Social (artigo 20), o que permitiria o acesso ao ensino superior quando preenchidas, obviamente, as exigências para alcançá-lo.

Ressalte-se que a corte deixou, ao julgar a causa, de se manifestar expressamente sobre a possibilidade de essa vaga ser obtida em juízo, afirmando, apenas, que o direito de acesso estaria adstrito ao limite daquilo

que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado. Entendeu, portanto, não ter havido a violação à liberdade de escolha da profissão, uma vez que considerou serem constitucionais as limitações estabelecidas pelas universidades quando diante de determinadas circunstâncias, melhor dizendo, desde que o Estado alemão tivesse agido dentro do que a Corte denominou de Reserva do Possível. (SARLET, 2012)

Nesse sentido, vale destacar trecho da decisão *numerus clausus*:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. [...] Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. (SCHWABE apud CASTRO, 2016)

A Corte germânica, no *leading case* em questão, firmou o entendimento no qual sempre que o Estado Alemão se deparar com demandas fora dos limites do razoável, nas quais a prestação material ultrapasse o essencial, deve ser aplicada a Teoria da Reserva do Possível:

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberchte) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos (KRELL, 2002, p.52).

Consoante o exposto, a celeuma jurídica concentrava-se em torno da provável subjetividade do direito vindicado pelos estudantes, em virtude

do que assegura a constituição alemã quanto à liberdade de escolha da profissão. Entretanto, a referida possibilidade foi rechaçada pela Corte julgadora, a qual dispôs que o direito às vagas em universidades vai além do considerado essencial ao cidadão alemão e, portanto, do razoável a ser exigido do Estado.

2.1.1 Ambientação Jurídica da Reserva do Possível na Alemanha

A República Federal da Alemanha se autointitula um Estado Social e Democrático de Direito, o que influenciou de maneira significativa os preceitos dispostos na Constituição de Weimar de 1919, consistindo em uma das primeiras constituições a prever expressamente direitos sociais a prestações estatais, uma vez que buscava reparar as atrocidades cometidas durante o período da Segunda Guerra Mundial.

Naquela época, a sociedade alemã se encontrava fragilizada e buscava, por intermédio da participação política das classes sociais menos privilegiadas, estabelecer direitos de igualdade, em contraposição aos interesses da elite econômica dominante, que reivindicava a manutenção de seu status. Dessa forma, em virtude da aludida conjuntura, foi definido um sistema de direitos subjetivos que visava assegurar a proteção dos mais fracos por parte do Estado.

Ocorre que, conforme observa Krell (2002), a maior parte dos constitucionalistas alemães atribuiu aos direitos sociais inscritos na Constituição de Weimar o fracasso do nacional-socialismo experimentado pela Alemanha, porquanto os direitos sociais teriam sido encarados como “contos de lenda”, “promessas vazias do Estado burguês”, afastando, desde logo, a possibilidade de serem positivados enquanto direitos públicos subjetivos.

Por esse motivo, o Estado Alemão não recepcionou os direitos sociais no texto da sua atual constituição, a chamada Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 23 de maio de 1949. Ao invés disso, conferiu prioridade aos direitos de liberdade que refletiam a preocupação decorrente do pós-

guerra e dos agravos deixados pelo Estado Totalitário. Considerou, pois, que os direitos sociais demandavam para a sua efetividade a convergência de valores econômicos e políticos, que quando não alcançados tornavam os postulados constitucionais sem qualquer eficácia. (Krell, 2002)

Parte relevante dos doutrinadores germânicos discordava da previsão de direitos sociais no texto constitucional:

A maioria dos autores alemães se dirige contra Direitos Fundamentais Sociais na constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não realizáveis na atualidade por parte do Estado, provocando a impressão do cidadão de que todo o texto constitucional seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular, cheio de utopias” que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores”. (KRELL, 2002, p.46)

Assim, muito embora em seu artigo 20, a Lei Fundamental de Bonn estabeleça que “a República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social”, os direitos sociais no ordenamento jurídico do país foram conformados no direito infraconstitucional, de maneira que, no âmbito do sistema normativo germânico, tais prerrogativas não são dotadas de exigibilidade irrestrita ou mesmo de imediatividade quando reivindicados judicialmente. Nesse sentido, leciona o ilustre professor Vidal Serrano Nunes Júnior:

[...] o que existe na Constituição Federal da Alemanha, sob a designação de princípio do Estado Social, é uma norma programática, de um nível altíssimo de generalidade, que, neste passo, reserva ao legislador uma larga margem de discricionariedade para a concretização dos ideários que adota. (NUNES JÚNIOR, 2009, pp. 178-179)

Deste modo, a norma suprema alemã difere consideravelmente da Constituição brasileira de 1988, tendo em conta que aquela se preocupou em proteger direitos de liberdade, mais amplos e genéricos, enquanto esta possui em seu bojo uma relação de direitos sociais expressamente protegidos e com caráter de fundamentalidade.

Com efeito, a aplicação da Teoria da Reserva do Possível na Alemanha, país onde foi originalmente concebida, é totalmente possível visto que os direitos sociais estão positivados em normas sem status constitucional, permitindo que sejam flexibilizados e, por conseguinte, adequados aos limites orçamentários do Estado. Isso, todavia, não se mostra viável no sistema jurídico brasileiro, considerando a previsão constitucional dos direitos sociais, os quais, quando restringidos ou não atendidos, implicam em afronta direta à Carta Magna nacional.

No Brasil, em que pese a discricionariedade da Administração Pública na alocação de recursos, os direitos sociais, dentre os quais se destaca o direitos à saúde, são essencialmente subjetivos, conforme dispõe os artigos 196 e 198, II, da CF/1988, ao passo que a construção do orçamento público encontra-se adstrita aos ditames constitucionais que asseguram o atendimento integral de tais direitos. A esse propósito, Nunes Júnior expõe o seguinte entendimento:

[...] imperiosa a conclusão de que os agentes e órgãos envolvidos na elaboração do orçamento – chefias do executivo e órgãos legislativos – estão adstritos à observância de todas as normas constitucionais, de tal modo que ante um comando que confira ao cidadão um direito público subjetivo, que, deste modo, passa a integrar o seu patrimônio jurídico, não existe liberdade de conformação legislativa, mesmo em termos orçamentários, ficando, pois, referida peça legal obrigada à previsão de verbas suficientes à realização dos custos derivados do respeito aos direitos consagrados em nossa Lei Maior. (2009, pp.180-181)

Percebe-se, dessa forma, que a relativização de tais direitos não é concebível no cenário normativo brasileiro, assim como ocorre no ordenamento jurídico germânico, uma vez que neste, como explica Nunes Júnior (2009), as normas estão dispostas no direito infraconstitucional, o que permite, levando-se em conta a perspectiva de um sistema piramidal, sua redefinição e adequação às leis orçamentárias.

2.2 A Reserva do Possível no Sistema Jurídico Brasileiro

Conforme mencionado anteriormente, o sistema jurídico brasileiro atribui aos direitos sociais status constitucional estabelecendo-os, ademais, como prerrogativas fundamentais e parte do planejamento programático do Poder Público. O direito à saúde, por exemplo, de acordo com o artigo 196 da Constituição da República é direito de todos e dever do Estado, o qual deve buscar a sua concreção máxima através da promoção de medidas políticas, sociais e econômicas.

Logo, nada mais razoável do que afirmar que o constituinte originário preocupou-se em salvaguardar o bem estar da sociedade, por intermédio da preservação de condições mínimas de existência, outorgando ao Estado a responsabilidade de assegurar que tais direitos sejam integralmente respeitados e plenamente garantidos.

Outrossim, deve-se frisar que parte considerável dos direitos sociais exige uma ação positiva estatal para a sua efetivação, seja por sua relevância para o desenvolvimento da autonomia dos indivíduos, seja pela fundamentalidade a eles atribuída pela carta magna brasileira.

Entretanto, é nessa conjuntura que surge a escassez dos recursos públicos, responsável pela inefetividade ou efetividade deficiente dos direitos fundamentais sociais, criando entraves ao acolhimento de demandas que busquem o fornecimento de prestações materiais, como por exemplo os medicamentos. O Estado, ainda que encarregado de cumprir os preceitos constitucionais, tem buscado argumentos para legitimar a sua inércia no que concerne ao suporte material a ser prestado aos cidadãos.

Com efeito, a Teoria da Reserva do Possível, ao ser importada da jurisprudência alemã para o direito brasileiro, passou a ser utilizada exclusivamente como justificativa para a supressão de direitos, em virtude da suposta ausência de recursos. Isso, porque o conceito da referida teoria estabelece a existência de limites naquilo que se pode exigir judicialmente do Estado, devendo ser considerado antes de tudo a razoabilidade/logicidade da demanda.

Atualmente, quando o Poder Público invoca o argumento da Reserva do Possível faz isso de modo genérico e abstrato, via de regra, para se eximir do seu dever constitucional de prover o direito à saúde. Assim, quando o Poder Judiciário aceita a justificativa de que os cofres públicos são limitados, acaba, por consequência, negando o acesso à justiça para aqueles que reclamam direitos fundamentais, tais como o acesso a medicamentos necessários ao restabelecimento de sua saúde.

Dessa forma, a Administração Pública brasileira vislumbrou no entendimento firmado na corte germânica uma justificativa para as suas constantes omissões relativamente à execução de políticas públicas, atribuindo à disponibilidade econômica de recursos em consonância com o estabelecido na lei orçamentária e, de igual modo, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o atendimento das demandas que objetivem uma tutela do Estado.

Nesse particular, Ingo Wolfgang Sarlet explica que a estrutura da reserva do possível encontra-se organizada da seguinte forma:

[...] há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (2012, p. 30)

Saliente-se que, as referidas dimensões buscam fundamentar a aplicação da Reserva do Possível, a qual diante de impossibilidades fáticas, jurídicas e financeiras do Estado, atua de maneira a sopesar os recursos disponíveis e determinar em quais situações estes poderiam ser empregados, tendo em conta sempre a proporcionalidade da demanda e a disponibilidade financeira dos cofres públicos.

Vale mencionar que, na doutrina brasileira, são diversos os conceitos atribuídos à teoria alemã, os quais têm convergido para a ideia de que a mesma estabelece que o atendimento dos direitos sociais sofrerão restrições sempre que o orçamento público não disponha de recursos suficientes.

Sobre esse entendimento, Canotilho (2004) apresenta crítica considerável ao indicar que se adotou, prontamente, a concepção dogmática de que a Reserva do Possível expressa a ideia de direitos sociais condicionados à existência de recursos públicos, o que, na prática, os torna sem qualquer segurança jurídica.

A mencionada teoria assumiu, então, sentido destoante do qual originalmente foi empregada, passando a atuar como Reserva do Financeiramente Possível, de maneira que o argumento da ausência de meios financeiros por parte do Estado se difundiu na jurisprudência nacional.

O Poder Público tem utilizado a tese germânica em suas defesas, quando demandado judicialmente, todavia, de forma vaga e sem qualquer equivalência com a decisão *numerus clausus*, aplicando o entendimento, antes destinado a direitos não subjetivos, em direitos sociais fundamentais, como o acesso a medicamentos. Evidente, assim, que seu emprego ocorre de forma descontextualizada, com objetivos completamente diversos dos buscados pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Nesse sentido, Andreas J. Krell (2002) aduz que a viabilidade de um traslado de teorias de Direito Constitucional de um país para outro é diminuta quando consideradas as disparidades políticas e socioeconômicas das respectivas sociedades. O referido autor ressalta, ademais, as possíveis disfunções oriundas da aplicação da mesma teoria jurídica em contextos sociais diferentes, como ocorre com a Alemanha (país central e desenvolvido) e com o Brasil (país periférico).

Dessarte, considerando que a população brasileira diferentemente da alemã não possui uma equidade no acesso a direitos básicos, tais como mecanismos que proporcionem uma saúde de qualidade. De outro modo,

os cidadãos brasileiros se encontram, muitas vezes, diante de prestações públicas precárias, isso acaba por incentivar a justiciabilidade de tais prerrogativas como forma de concretização das garantias já abrigadas pela Constituição, mas que ainda são subestimadas pela ação ou omissão dos poderes constituídos.

Assim, as ações judiciais em que é levantado o argumento da Reserva do Possível possuem como cenário a discussão acerca da legitimidade de uma dada ação ou omissão do Estado. Discute-se, no contexto das circunstâncias que envolvem a demanda por direitos fundamentais, se o argumento da limitação dos recursos necessários à realização destes é suficiente para justificar o fato de não terem sido prontamente atendidos pela administração pública.

Diante do exposto, é possível perceber que a Teoria da Reserva do Possível foi inserida em um ordenamento jurídico onde os direitos sociais, não obstante encontrem previsão constitucional, a exemplo do direito à saúde, tem a sua eficácia quebrantada pela alegação de ausência de recursos ou mesmo de instrumentos que possibilitem a sua concretização. Ademais, a disparidade na aplicação da Reserva do Possível se revela latente, visto que por inúmeras vezes têm sido postuladas na seara judicial brasileira prestações materiais como medicamentos não fornecidos gratuitamente pelo Governo, direito este totalmente diverso do obstado pela corte germânica, quando da primeira aplicação da tese jurídica alemã.

As demandas judiciais por medicamentos

Nos últimos anos vem crescendo o protagonismo judicial em questões envolvendo o direito à saúde, sendo vasto o número de processos na referida área, nos quais os autores pleiteiam desde fármacos até tratamentos médico-hospitalares não custeados pelo Estado. Isso tem ocorrido considerando que cabe ao Poder Judiciário assegurar a plena efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, além de atuar positivamente sempre que se encontre diante de lesão ou ameaça a direito, conforme preceitua a Constituição de 1988.

Não raras vezes os cidadãos se deparam com a negativa da Administração Pública em fornecer determinados insumos ou medicamentos, seja por que o valor destes extrapola a previsão orçamentária do ente federativo — oportunidade em que o Estado emprega a Teoria da Reserva do Possível — ou mesmo por não estarem previstos nas listas governamentais de dispensação gratuita.

Tal situação vai de encontro com o fato de que é dever do Estado proporcionar os meios adequados para que a população usufrua de condições mínimas de saúde. A recusa em viabilizar o acesso aos mencionados fármacos acaba por contribuir para o aumento do número de ações judiciais em face do Estado, porquanto há casos em que o cidadão, devido os riscos de sua enfermidade, precisa com urgência do medicamento demandado.

Como mencionado, na seara judicial o Estado tem utilizado como matéria de defesa o argumento da limitação orçamentária dos recursos

públicos, consignando a impossibilidade de fornecer os fármacos vindicados e, desse modo, acaba por colocar entraves à obtenção, pelo postulante, dos meios aptos ao tratamento da sua moléstia. O que tem ocorrido, em verdade, é a constante alegação por parte dos demandados de que a eles não compete o ônus de prover a prestação material reivindicada.

Diante disso, com o objetivo de facilitar a demanda por medicamentos, os precedentes judiciais consolidaram o entendimento de que o direito fundamental à saúde pode ser exigido de qualquer ente federado de forma solidária, encontrando suporte no próprio texto constitucional, o qual prevê que trata-se de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e da assistência pública.

Vale destacar que, o fato de grande parte das demandas judiciais no campo do direito à saúde concentrar-se nos casos em que o paciente necessita de fármacos não distribuídos gratuitamente pelo Estado, tem provocado decisões conflitantes entre os tribunais nacionais, tendo em vista alguns julgadores entenderem que o Poder Público deve ser compelido a fornecer os insumos, enquanto outros defendem que tais medicamentos fogem à competência do Estado.

3.1 O Poder Judiciário como garantidor do acesso a saúde

O direito à saúde, por seu caráter fundamental, é dotado de especial proteção assegurada pelas normas constitucionais, motivo pelo qual cabe ao Poder Judiciário a incumbência de resguardá-lo todas as vezes que venha a ser violado. Ingo Wolfgang Sarlet (2012), ao tratar do mencionado direito, afirma que este “(...) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível”.

Com efeito, a negativa do direito à saúde a qualquer cidadão importa latente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que dentre os elementos que integram o referido princípio, encontram-se justamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do

indivíduo, ou seja, a garantia da preservação da saúde e, consequentemente, da vida do ser humano.

Dessa forma, considerando que ao Judiciário cumpre materializar o direito, é possível sua interferência em casos que a ação ou omissão da Administração Pública põe em risco direitos fundamentais, oportunidade em que atuará de maneira a determinar a execução de políticas públicas e, por consequência, na implementação de medidas que facilitem o acesso da população aos serviços de saúde, compreendida nestes a obtenção de medicamentos.

A indispensabilidade da intervenção judicial nessas hipóteses decorre diretamente da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, disposta no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, em estrita consonância com a ideia de força normativa da Constituição.

Cumprido lembrar que a concepção do direito à inafastabilidade da jurisdição assegura não só o acesso à Justiça, mas a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada. Sobre o tema, vale reproduzir lição de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] o direito à tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas, como se dirige à obtenção de uma prestação do juiz. Essa prestação do juiz, assim como a lei, também pode significar, em alguns casos, concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais. A diferença é que a lei é resposta abstrata do legislador, ao passo que a decisão é resposta do juiz diante do caso concreto. Ou seja, há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de normas de direito material de proteção, assim como de normas de direito instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar efetiva proteção. Mas o Estado-Juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais. (2004, p.10)

Quando provocado, o Judiciário deve buscar efetivar o direito à saúde fornecendo as prestações materiais pleiteadas, o que reflete o seu compromisso de proteger os direitos fundamentais. Ressalte-se que não se

defende que tais decisões devem ocorrer de forma indiscriminada, de outro modo, ao analisar o caso concreto, o magistrado deve sempre levar em conta o grau de necessidade da prestação visada e as condições financeiras do postulante.

Dito isso, não existem motivos razoáveis que justifiquem a negativa estatal para a viabilização do acesso pleno à saúde e aos meios que possam proporcioná-la. Não foge, pois, da realidade o pensamento construído por Sarlet ao comparar a uma penalidade extrema a recusa dos meios adequados para a efetivação da saúde:

[...] a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. (2012, p.285)

Conforme citado, a abstenção do Estado em fornecer medicamentos ou quaisquer outros insumos, indispensáveis ao tratamento das enfermidades dos pacientes que os reivindicam, ocorre muitas vezes sem que seja oportunizado a estes o direito de comprovar, ainda na seara extrajudicial, sua necessidade. Assim sendo, não há outra alternativa senão o ingresso com uma ação na Justiça, quando em sua defesa o Poder Público alega a ausência de recursos e de previsão orçamentária para arcar com os custos que a prestação buscada venha a causar.

A eventual aceitação do argumento de ausência de recursos inviabilizaria a efetivação do direito à saúde, posto que uma vez elevado ao grau máximo dos direitos, somente empecilhos intransponíveis permitiriam sua não concretização, o que geralmente não ocorre em casos dessa natureza. Nesse sentido, compete ao Judiciário analisar as circunstâncias do caso concreto posto à sua apreciação, presando sempre a integridade física do postulante a fim de resguardar o bem da vida demandado, isto é, a própria saúde.

Ademais, em que pese não ser função do Poder Judiciário formular e programar políticas públicas, visto que tal encargo é dirigido, aos Poderes Legislativo e Executivo, a referida tarefa, no entanto, pode ser atribuída ao Judiciário através da realização do controle jurisdicional repressivo em torno da regularidade dessas políticas (ZANETI JÚNIOR, 2013).

Logo, sempre que houver “uma ‘disfunção política’ no uso das atribuições de cada poder, deveres-poderes, poderá ser a questão levada ao Poder Judiciário – o qual terá a última palavra em matéria de controle da aplicação do direito” (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 49).

Proporcionar o acesso à saúde, através da concessão dos medicamentos postulados, trata-se do cumprimento da obrigação principal do Judiciário, que é justamente a de concretizar os direitos fundamentais. Não há, portanto, como negar a possibilidade de intervenção deste Poder, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

3.2 A reiteração das ações judiciais de medicamentos

Segundo informações obtidas no Relatório Justiça em Números 2017 – que tem por objetivo sistematizar em números os dados acerca da atuação dos órgãos do Poder Judiciário, suas receitas e suas despesas, além dos desdobramentos das atividades judicantes – publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a judicialização de casos envolvendo o direito a saúde tem apresentado um crescimento significativo. (SCHULZE, 2017)

O referido diagnóstico baseia-se em estatísticas oficiais do Poder Judiciário relativas aos processos de todos os tribunais do Brasil do ano de 2016. Na seara da judicialização da saúde, foram analisados os processos cíveis ajuizados até a data de 31 de dezembro de 2016, os quais se encontram em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização. (SCHULZE, 2017)

Como resultado, verificou-se a existência de 1.346.931 (um milhão, trezentos e quarenta e seis mil, novecentos e trinta e um) processos cujos objetos envolvem diretamente o direito à saúde. No que concerne ao fornecimento de medicamentos, mais de 300.000 (trezentos mil) processos tratam de demandas desta natureza, as quais objetivam que o Estado seja obrigado a fornecer os insumos farmacêuticos não distribuídos pelo Sistema Único de Saúde, a fim de tornar efetivo o acesso à saúde e, por consequência, aos medicamentos pleiteados (SCHULZE, 2017).

Diante de políticas públicas ineficientes, bem como da ausência de uma prestação regular de serviços de saúde, o caminho encontrado pelos cidadãos, que veem os seus direitos violados, tem sido recorrer ao Poder Judiciário, o que tem ocorrido de maneira individual ou coletiva e, em algumas oportunidades, por intermédio do Ministério Público, conforme destaca Sonia Fleury:

A judicialização das políticas diz respeito ao uso do recurso judicial como forma de exigibilidade do direito, denegado na prática das instituições responsáveis. A tutela judicial pode ser tanto de caráter individual para acesso a bens e serviços (interposta por juízes ou defensoria pública) quanto com tutela coletiva, pelo Ministério Público, dos direitos sociais não individualizáveis e da probidade administrativa. (FLEURY, 2012)

Em virtude do caráter de urgência inerente às ações que postulam medicamentos, quase a totalidade das demandas judiciais, nessa área, incluem o pedido de tutela antecipada com o objetivo de, comprovadas as necessidades vitais e inadiáveis de um auxílio no fornecimento de medicamentos por parte do Estado, ser deferido em curto espaço de tempo o direito pleiteado.

A referida prestação cuida de direito fundamental, vulnerável com maior grau de sensibilidade aos efeitos nocivos da demora nos julgamentos de causas dispostas à apreciação jurisdicional e aos riscos à saúde e à vida. Assim, diante da inércia do Estado na prestação de saúde adequada e da demora do Judiciário em conceder de imediato o provimento da ação

judicial, a tutela antecipada tem servido para adiantar os efeitos da pretensão buscada, qual seja o fornecimento de medicamentos.

O Poder Judiciário tem determinado, inclusive, o bloqueio de valores nas contas públicas e aplicação de multa em caso de descumprimento, objetivando assegurar o efetivo resultado da decisão judicial. As referidas medidas possuem caráter coercitivo, compelindo o Ente devedor ao cumprimento da obrigação, custeando os medicamentos indispensáveis à vida (DAUVE, 2009).

Vale mencionar que a questão da judicialização de medicamentos envolve algumas controvérsias, tendo em vista que, enquanto alguns juristas consideram este fenômeno como uma ampliação da cidadania e fortalecimento da democracia, outros atribuem fortes críticas no que se refere à intervenção do Judiciário nessa seara.

Seguindo o posicionamento esposado por aqueles que entendem legítima a atuação do Judiciário, em casos que envolvem o direito a saúde, Fleury (2012) percebe a judicialização como uma deficiência do Legislativo (em manter a indefinição do arcabouço legal) e do Executivo (por sua incapacidade de executar a lei). A autora ressalta que esse fenômeno é resultado de um aumento da democratização e inclusão social e compreende que a judicialização possa ser aliada do SUS, por sinalizar as deficiências e estimular a reflexão para novas políticas.

À vista do exposto, o proeminente número de processos judiciais no âmbito da saúde revela a busca por efetividade do mencionado direito e, de igual modo, pelo acesso aos meios materiais para seu alcance. Considerando que o Estado é, por determinação constitucional, o principal responsável e cumula deveres legais de proteção da saúde, deve ser compelido a providenciar os meios adequados para o cuidado de todos os cidadãos.

3.2.1 Os medicamentos não previstos nas listas governamentais

Consoante mencionado, uma das principais causas da multiplicação de demandas judiciais por medicamentos consiste na ausência de previsão

de determinados insumos nas listas governamentais. Entretanto, para que se possa entender a referida problemática, se faz preciso, antes, compreender como funciona a dispensação farmacêutica nacional.

Objetivando assegurar a necessária segurança e efetividade dos medicamentos dispensados no Brasil, além da promoção do uso racional e o acesso da população àqueles tidos como essenciais, em 30 de outubro de 1998, foi instituída a Política Nacional de Medicamentos, por intermédio da Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916. Este foi considerado o primeiro posicionamento formal do governo brasileiro sobre a questão dos medicamentos (PORTELA, A. S et al., 2010).

Desenvolvida com base nas orientações da Organização Mundial da Saúde, a PNM possui entre as suas principais diretrizes a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, que “trata-se de um meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS (...)” (BRASIL, PNM, 1998).

Em outras palavras, o RENAME consiste em uma lista governamental de fármacos/medicamentos que busca atender às necessidades de saúde prioritárias da população, atuando como um instrumento orientador das ações de assistência farmacêutica no Sistema Público de Saúde. Frise-se que a intenção da relação de medicamentos essenciais é proteger a saúde da população, visto que impede o uso de insumos farmacêuticos com capacidade terapêutica controversa ou não comprovada por dados científicos (AUREA, 2016).

Dessa forma, a criação de uma relação nacional de medicamentos no Brasil demonstrou a preocupação em regularizar os tratamentos farmacêuticos disponibilizados por intermédio do sistema público de saúde, de maneira a organizar adequadamente o acesso da população aos fármacos que possibilitem a cura ou a amenização dos sintomas das suas enfermidades.

Ademais, um dos principais objetivos da relação em apreço é servir como suporte para a formulação de listas de fármacos nas demais esferas

de governo (Estados e Municípios). Cuida-se de parâmetro nacional para o provimento e prescrição dos insumos dispensados pelo SUS, o que não impede que cada ente da federação possua autonomia para disponibilizar os medicamentos conforme a demanda da população local.

Essa seleção de medicamentos essenciais, como afirmado anteriormente, é proposta da Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma das estratégias da sua política de medicamentos para promover o acesso e uso seguro dos mencionados insumos. Nesse sentido, a OMS define os medicamentos essenciais como:

[...] aqueles que servem para satisfazer às necessidades de atenção à saúde da maioria da população. São selecionados de acordo com a sua relevância na saúde pública, evidência sobre a eficácia e a segurança e os estudos comparativos de custo efetividade. Devem estar disponíveis em todo momento, nas quantidades adequadas, nas formas farmacêuticas requeridas e a preços que os indivíduos e a comunidade possam pagar. (WHO apud AUREA, 2016).

Ocorre que, em 2012, o Ministério da Saúde (MS) do Brasil adotou um conceito de medicamento essencial diferente do proposto pela OMS e divulgou que “medicamentos essenciais são aqueles definidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para garantir o acesso do usuário ao tratamento medicamentoso” (YAMAUTI, 2017).

A sobredita definição, no entanto, abre espaços para incertezas em relação a quais critérios estariam sendo adotados pelo SUS para a determinação dos medicamentos indispensáveis ao trato da saúde populacional. Por se tratar de um conceito delimitado, a indicação dos insumos essenciais acaba não englobando outros tratamentos farmacêuticos igualmente necessários para parcela da população, que possui doenças crônicas, como câncer, hepatites, diabetes, enfermidades raras, entre outras.

Surge, portanto, diante dessa realidade apresentada, o Programa de Medicamentos Excepcionais, estabelecido através da Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde. O escopo deste programa nada mais é do que atender aqueles que precisam dos fármacos denominados excepcionais, considerando que são destinados ao tratamento de doenças crônicas, que

demandam o uso contínuo e podem ter um custo bastante elevado. Ratificando tal entendimento, colaciona-se o trecho abaixo:

Com efeito, medicamentos excepcionais são aqueles que não são considerados essenciais para todos, ou seja, a maioria da população brasileira não faz uso destes medicamentos com assiduidade e, conseqüentemente, os seus custos são elevados eis que é regido pela Lei da Oferta e da Procura, provocando um desestímulo para as indústrias farmacêuticas em produzi-los. (WANDERLEY apud DOS SANTOS, J. A. B. et al., 2010, p. 93).

Com efeito, essa classe de medicamentos demanda prescrição médica e o atendimento de requisitos, como acompanhamento e monitoração dos pacientes que deles necessitam. Alguns servem para tratamento de doenças raras e apenas são encontrados em farmácias específicas, o que faz com que diversas pessoas encontrem dificuldade na aquisição destes fármacos. Tratam-se de doenças eventuais que afetam um grupo específico de pessoas, o que explica a necessidade da PME:

[...] programa que atende as doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número limitado de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com uso de medicamentos, em geral, de custos elevados, que por esse motivo não podem, na maior parte das vezes, ser adquiridos pelos próprios pacientes. (BARATA; MENDES; 2010, p. 65)

Consigne-se, entretanto, que há casos em que o indivíduo é acometido por doença grave ou rara que nem mesmo o Programa de Medicamentos Excepcionais prevê a dispensação do fármaco necessário ao seu tratamento. Em situações desse tipo, o paciente se vê impossibilitado de ter acesso gratuito ao medicamento e postula judicialmente em face do Estado o direito ao fármaco.

Os motivos que envolvem a imprevisão desses medicamentos são diversos, vão desde o seu alto custo até a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, ou ainda o fato de estarem em

fase experimental, o que tem gerado debates sobre os deveres dos governos – tanto federal, quanto estaduais e municipais – e sobre a universalidade do direito à saúde.

Assim, a ausência de previsão do medicamento nas listas governamentais de dispensação gratuita afeta diretamente as decisões dos tribunais nacionais, ao passo que existem aqueles que defendem que apenas o fato de o medicamento não integrar tais listas não constitui óbice capaz de desobrigar o Poder Público do dever de fornecê-lo. De outro lado, existem os que entendem o fornecimento de medicamentos encontra-se restrito àqueles constantes de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, elaboradas pelo Poder Executivo.

3.2.2 A afetação do Recurso Especial 1.657.156/RJ

Em abril de 2017, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu afetar o do Recurso Especial 1.657.156/RJ (2017/0025629-7), da relatoria do ministro Benedito Gonçalves, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos. A questão submetida à apreciação versa sobre a obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais).

Por meio do aludido recurso, o estado do Rio de Janeiro e o município de Nilópolis questionam decisão que condenou ambos a fornecer a uma paciente diagnosticada com glaucoma medicação não prevista em lista de dispensação gratuita do Sistema Único de Saúde. Considerando a controvérsia levantada e a possibilidade de decisões conflitantes, optou-se pela adoção do rito de repetitivos para a formação de precedente acerca do assunto. Segue abaixo ementa da proposta de afetação:

ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO

PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS. 1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). 2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016)

Os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, decidiram seguir o sistema de repetitivos, disciplinado pelo artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, conforme acórdão transcrito:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidir afetar o recurso ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016), nos termos da proposta de afetação apresentada pelo Sr. Ministro Benedito Gonçalves. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 26 de abril de 2017(Data do Julgamento).

A sistemática de julgamentos de recursos extraordinários ou especiais repetitivos pressupõe que, constatada a existência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito e afetada a questão para julgamento, o juízo identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento.

Com isso, determinar-se a suspensão, em nível nacional, do processamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão afetada, à vista do disposto no artigo 1.037, inciso II, do CPC/2015:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

[...]

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;
[...]

Assim, ao julgar a Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar o referido recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, tendo delimitado a controvérsia à obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde.

Na ocasião, a seção determinou a suspensão do andamento dos 678 processos, individuais ou coletivos que versam sobre essa questão e que tramitam atualmente no território nacional. Nos termos do Regimento Interno do STJ (artigo 121-A) e novo Código de Processo Civil (artigo 927), a definição da tese pela Primeira Seção vai servir de orientação às instâncias ordinárias da Justiça, inclusive aos juizados especiais, para a solução de casos fundados na mesma controvérsia.

Em seu parecer no processo em questão, o Ministério Público Federal defende a obrigação do poder público fornecer à população hipossuficiente medicamentos considerados imprescindíveis para o tratamento da doença, ainda que o fármaco, indicado em laudo médico, não integre a lista do Sistema Único de Saúde (SUS), enfatizando o seguinte: “Não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias e outras normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais como o direito à vida e à saúde”.

Ante o exposto, a tese estabelecida no repetitivo terá reflexo ainda na admissibilidade de recursos para o STJ e em outras situações processuais, como a tutela da evidência (artigo 311, II, do CPC) e a improcedência liminar do pedido (artigo 332 do CPC).

O STJ esclareceu, ainda, que a suspensão processual em virtude de julgamento de ação sob o rito dos recursos repetitivos não impede a concessão de tutelas provisórias urgentes nem o cumprimento de medidas

cautelares já deferidas, o que poderia causar prejuízos àqueles que necessitam do fármaco em caráter de urgência.

A relatoria do recurso especial, ministro Benedito Gonçalves votou no sentido que a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) apresentação de laudo médico que ateste o caráter imprescindível do remédio para o tratamento; b) a insuficiência financeira do paciente; e c) o registro do medicamento na Anvisa. Assim, após amplo debate, pediu vista a ministra Assusete Magalhães.

Ressalte-se a pertinência da questão a ser debatida no recurso extremo, considerando que subsidiará debate consistente sob o ponto de vista político, social, econômico e jurídico acerca do tema. A saúde pública e, por consequência, a ineficiência do Poder Público no fornecimento de medicamentos atinge toda a coletividade, de maneira que limitada a abrangência dos direitos fundamentais é dever do Judiciário, como protetor da Constituição, firmar o posicionamento a ser seguido.

3.2.3 O argumento da limitação orçamentária do Estado

Seguindo o contexto das problemáticas encontradas na judicialização da saúde, insta destacar que, dentre os argumentos comumente suscitados pelo Estado, quando das reivindicações judiciais por medicamentos e demais prestações na área, encontra-se o da limitação orçamentária dos cofres públicos. Tal alegação está estreitamente relacionada ao sentido econômico-financeiro atribuído à Teoria da Reserva do Possível pela doutrina nacional.

É certo que a gestão pública depende de recursos para a consecução dos mais diversos planos de estruturação e funcionamento do Estado, entretanto, de igual modo, é incontroverso o fato de que faz parte do seu papel principal garantir à população em geral o pleno acesso à saúde e aos meios que possam efetivá-la.

Dessa forma, ao levantar como matéria de defesa a escassez de verbas públicas, o Estado acaba por negar direito constitucionalmente assegurado ao postulante, escondendo-se atrás da alegação de impossibilidade de prestação da saúde ante a multiplicidade de serviços essenciais que deve fornecer, utilizando-se deste argumento como escudo em face da oposição por parte do cidadão de direito que lhe é inerente.

De mais a mais, o argumento de comprometimento financeiro do sistema de saúde esbarra na flagrante situação de ameaça à vida, de maneira que se torna incabível ao Estado se desonerar de conceder, por conta de entraves financeiros e de gestão, o que foi garantido ao cidadão na Constituição da República. Nesse sentido, Lazari (2012) enfatiza que “Não se pode, pois, admitir a “reserva” como cláusula negatória indiscriminada de direitos fundamentais (...)”.

Com efeito, a população contribui, cumprindo suas obrigações tributárias e sociais, de modo que não pode ser penalizada pela má gerência desses recursos ou por seus eventuais desvios que causem a fragilidade do sistema de saúde. Ademais, na maioria das vezes o Estado não apresenta qualquer comprovação de que sua capacidade econômica financeira pode vir a ser prejudicada.

3.3 A responsabilidade solidária dos entes da federação

Constitui obrigação do Estado, nele compreendidos a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios a concretização de serviços públicos de saúde, os quais possuem como diretriz primordial a descentralização, com direção única em cada nível de governo, consoante estabelecem os artigos 196 e 198, inciso I, da Constituição da República:

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.

[...]

Art. 198. 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;
[...] (BRASIL, 1988)

Compete à União a coordenação geral, a disciplina e o financiamento do sistema em nível nacional; aos Estados federados, compete a coordenação e assunção de responsabilidades no plano regional, além de atuação supletiva aos municípios (de forma transitória e excepcional) se verificada eventual carência na prestação do serviço local; e por fim, aos Municípios cabe a efetiva prestação de assistência médico-hospitalar à população que vive em seu território.

A partir dessa concepção, bem se vê que a Constituição tratou tal questão de modo a afastar qualquer insegurança a respeito da responsabilidade, sendo uníssono na doutrina que o direito à saúde possui *status* de direito fundamental, razão suficiente para esse amplo compartilhamento de funções entre todos os entes federativos como forma mesmo de lhe emprestar plena efetividade.

Assim, no que concerne ao fornecimento de medicamentos e à realização de outros serviços médicos, o sistema contempla forte solidariedade entre os entes federativos, de modo que a prestação de saúde, e, nomeadamente, a realização do suprimento de fármacos, é competência concorrente de todas as esferas federativas, havendo solidariedade passiva quanto ao cumprimento desse dever.

A própria Lei Orgânica da Saúde 8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado. Consistindo, pois, em obrigação do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves.

No mesmo diapasão, o direito fundamental à saúde é tratado jurisprudencialmente de maneira pacífica, cabendo a todos os seus titulares o

direito subjetivo de exigir que o Estado provenha todos os meios necessários para o pleno gozo desse direito.

Esse é, por exemplo, o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça - STJ, o qual se posiciona no sentido de que os entes federativos possuem responsabilidade solidária e, portanto, legitimidade para figurar no polo passivo das demandas em que se pleiteia concessão de medicamentos ou qualquer outro serviço ou produto destinado à saúde.

Vale citar, nesse sentido, o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SÚMULA 83/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI N. 1.533/51. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SÚMULA 83/STF. 1. Não merece prosperar o recurso quanto à afronta ao art. 1º da Lei 1.533/51. O fundamento da inexistência da demonstração do direito líquido e certo não é apropriado em recurso especial, visto que demandaria o reexame de provas. Incidência da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 2. **Qualquer um dos entes federativos - União, estados, Distrito Federal e municípios - tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de ação visando garantir o acesso a medicamentos para tratamento de saúde.** Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 609.204/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014)

Assim, é absolutamente irrelevante contra quem a ação judicial foi proposta, tendo em vista que os entes públicos são responsáveis solidariamente pela saúde de toda a população. Isso, na medida em que há uma responsabilidade compartilhada do Estado, genericamente falando, que pode ser extraída ainda do artigo 23, inciso II, da Lei Suprema, que ao atribuir competência comum a todos os entes federativos, sem exceção, em matéria de atendimento à saúde, deixa claro que seria dado ao legitimado ativo cobrar, em juízo, de um deles, de alguns ou de todos, em conjunto, como é próprio de uma obrigação solidária:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Diante do amplo aparato normativo que os instituem como responsáveis solidários na gestão da saúde, cada um em sua respectiva esfera governamental, todos os entes da federação podem ser acionados nas causas que visem o fornecimento de medicamentos ou de outros insumos farmacêuticos.

Ademais, em que pese a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação para as esferas de governo – principal argumento suscitado quando da alegação de ilegitimidade passiva – esta não pode restringir a responsabilidade, servindo apenas como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria, não podendo ser oposto como óbice à pretensão da população a seus direitos constitucionalmente garantidos.

Entraves à aplicação da reserva do possível

Para a melhor compreensão dos motivos que ensejam a não adequação da Teoria Reserva do Possível à seara das demandas judiciais por fármacos, se faz preciso relacionar alguns fatores capazes de refutar o emprego dessa teoria, no sentido que nacionalmente lhe foi atribuído.

Ao ser importada para o direito brasileiro, a Reserva do Possível, concebida originalmente ante a necessidade de um juízo de ponderação das demandas em face do Estado Alemão, assumiu nuances eminentemente econômicas passando a ser usada para justificar a limitação de determinados direitos sociais prestacionais, a exemplo da saúde.

Diante dos gastos realizados com a promoção de políticas públicas e, de igual modo, com os serviços direcionados à área da saúde, a Administração Pública encontrou na tese jurídica germânica suporte para a não realização de direitos que venham a exorbitar os limites financeiros previamente estabelecidos nas diretrizes orçamentárias.

Ocorre que, tais direitos encontram-se resguardados pelo manto constitucional, de maneira que a insistência do Estado em legitimar a sua negativa, utilizando-se da mencionada teoria, tem gerado impasses quando do atendimento das demandas encaminhadas ao Poder Judiciário e implicado em latente violação ao viés garantista no qual a Constituição da República de 1988 firmou seus alicerces normativos.

Com efeito, ainda que evidente o fato de os direitos possuírem um custo para o Estado, ao assumir a responsabilidade de efetivá-los cabe a este encontrar instrumentos jurídicos e até mesmo políticos, que possibilitem a convergência dos fatores financeiros necessários à sua concretização.

4.1 As disparidades dos contextos jurídico-sociais germânico e brasileiro

De há muito vêm sendo incorporado ao direito brasileiro experiências jurídicas bem sucedidas em outros países. Ocorre que, nem sempre o êxito é unânime e, diante de realidades sociais e econômicas notoriamente díspares, esse traslado acaba por resultar em retrocessos maiores do que as possíveis benesses trazidas pelas inovações dos sistemas jurídicos estrangeiros.

Não obstante as teses jurídicas provenientes de outras sociedades contribuam sobremaneira para conformação do direito nacional, é necessário que antes seja verificada a correspondente compatibilização entre os contextos jurídicos e sociais de onde se originaram e nos quais serão aplicadas.

Nos dizeres de Andreas Joachim Krell (2002), “não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômicos-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”. Assim, fatores como economia e desenvolvimento social são relevantes no momento em que se pretende aplicar, na seara jurídica pátria, teses estrangeiras.

Relativamente à Teoria da Reserva do Possível, suscitada em decisão do Tribunal Constitucional germânico, é importante consignar que a Alemanha na época – década de 1970 do século XX – encontrava-se em pleno cumprimento do Estado Social, melhor dizendo, as necessidades da população já eram satisfatoriamente supridas pelo governo. A dificuldade em proporcionar as vagas nas universidades, objeto da decisão, era decorrente do aumento vertiginoso da demanda e não da ineficiência do Estado em proporcioná-las. (PIMENTA, 2015)

O Brasil, por sua vez, nunca vivenciou o Estado Social, o qual somente existia no papel. Ao importar a sobredita teoria, destinada à redução de prestações próprias do citado modelo de organização política, terminou

por reduzir a efetivação de direitos subjetivos que nunca foram oferecidos satisfatoriamente em terras nacionais, a despeito do que ocorre nos países europeus. (DUARTE apud PIMENTA, 2015)

Isso foi muito bem analisado por Krell, o qual, com a autoridade de constitucionalista de berço germânico, ao mesmo tempo vivenciando a realidade brasileira, assim expõe:

[...] Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia [...]. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. (KRELL, 2002, p. 53-54).

Em outras palavras, teorias provenientes de países desenvolvidos, a exemplo da Alemanha, e que possam afetar diretamente a esfera de direitos fundamentais sociais, não podem ser simplesmente implantadas em outras realidades, como a brasileira, sem a correspondente adequação às suas características particulares.

Nesse sentido, Krell (2002) menciona não ser em vão o fato de os estudiosos do Direito Comparado enfatizarem que conceitos transportados de outras ordens constitucionais precisam ser interpretados e empregados com cautela, sempre em harmonia com as peculiaridades dos contextos culturais e socioeconômicos diferentes. O referido autor destaca que “o mundo ‘em desenvolvimento’ ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos [...]” (2002, p. 54).

Consigne-se que as ordens jurídicas existentes não se distinguem apenas nos tipos de lutas, conquistas ou realização e satisfação dos direitos, mas também em virtude das próprias normas jurídicas às quais se submetem (Pimenta apud Cunha Júnior, 2015). Diante disso, surge a necessidade de os juristas nacionais legitimarem, por intermédio da fundamentação de suas decisões, a aplicação de precedentes estrangeiros:

Ao se utilizar de decisões judiciais estrangeiras como paradigma, cumpre ao intérprete desincumbir-se discursivamente do ônus de demonstrar a pertinência da recepção assim operada, através da ponderação entre os elementos diferenciais e de concordância, estando tanto mais desautorizada a transposição quanto maior a incidência de elementos diferenciais e menor a incidência de elementos de concordância, e vice-versa. (PIMENTA, 2015, p. 114)

Sucedese que, nacionalmente, a Teoria da Reserva do Possível tem sido empregada sem a devida preocupação de se averiguar os pressupostos jurídicos e metajurídicos que eventualmente possibilitem a aproximação das realidades brasileira e alemã, bem como de mencionar o precedente judicial estrangeiro que ensejou a sua aplicação (PIMENTA, 2015).

Com efeito, o que se tem na seara jurídica brasileira é a completa inadequação da teoria germânica, porquanto o desenvolvimento social e econômico da Alemanha não é considerado na sua aplicação, de outro modo, utiliza-se a reserva do possível apenas para indicar limites financeiros à concretização de direitos sociais, ainda não efetivados pelo governo brasileiro, o que não acontece com o Estado alemão, onde os cidadãos possuem acesso efetivo a prerrogativas básicas.

4.1.1 A Lei Fundamental de Bonn e a Constituição da República de 1988

Tal como explanado anteriormente, a compatibilização entre os sistemas jurídicos de onde a teoria estrangeira é extraída e no qual é posteriormente implantada consiste em um dos principais fatores para que esta apresente resultados semelhantes aos alcançados no ordenamento em que foi conformada.

Para tanto, o emprego do direito estrangeiro deve ocorrer após sua interpretação, realizada em conformidade com as técnicas de exegese próprias daquele direito, de maneira que deve-se alcançar, tanto quanto possível, evidências precisas de seu teor, de acordo com o entendimento concebido pelos tribunais estrangeiros, dos quais foi retirado (BAPTISTA, 1999).

No tocante ao direito germânico, este possui como alicerce normativo a Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 23 de maio de 1949, resultante não de uma Assembleia Constituinte, mas do Conselho Parlamentar formado por 65 governantes das províncias localizadas na parte ocidental da Alemanha, ou melhor, na extensão territorial partilhada após a derrota na Segunda Guerra Mundial. (COMPLAK, 20126)

Estes políticos receberam das três zonas ocupadas pelas potências ocidentais as diretrizes para a criação de texto constitucional para a República Federal da Alemanha, o qual foi posteriormente ratificado pelas autoridades representantes do poderio hespérico. Apesar da elaboração de uma lei germânica, o poder de fato se encontrava nas mãos dos três governadores militares, de modo que havendo conflito entre a referida norma e as autoridades das zonas, esta última deveria predominar. (COMPLAK, 2016)

Resta evidente que não houve participação popular na conformação da constituição alemã, ao invés disso esta teve suas normativas elaboradas por governantes indicados pelas potências ocidentais, as quais saíram vitoriosas da guerra. Os ditames expressos na lei fundamental refletiam apenas os interesses da ordem dominante, deixando ao alvedrio dos governantes militares o estabelecimento das normas jurídicas que, a partir de então, regeriam a sociedade tedesca.

Quanto às prerrogativas asseguradas na Lei Fundamental de Bonn, esta não incorporou em seu texto nenhum dos denominados direitos sociais da segunda geração, quais sejam dos trabalhadores, educação, saúde, assistência, etc. O que se tem na referida carta política é uma norma fim de Estado, consubstanciada no conceito do Estado Social, previsto no artigo 20 da mesma, que estabelece tarefas e o direcionamento da atuação estatal, sem, todavia, criar direitos subjetivos para a sua efetivação. (KRELL, 2002)

Ainda de acordo com Krell (2002), tais normas sociais são referidas pelos doutrinadores alemães como “mandados” e não exatamente “direitos”. Segundo o referido autor, a Constituição brasileira, contudo, “não

permite tal interpretação”, porquanto as normas em apreço são, por expressa previsão constitucional, consideradas como direitos fundamentais, “com todas as consequências dessa natureza”.

Com efeito, no Brasil, a Constituição da República de 1988 procurou garantir, no que concerne aos direitos sociais, uma sucessão de dispositivos capazes de propiciar ao cidadão brasileiro o essencial a uma vida digna. As normas de cunho social surgiram, desse modo, a fim de diminuir e combater desigualdades sociais através da instituição de um mecanismo de proteção voltado àqueles que estejam em situação de vulnerabilidade, principalmente nos países ainda em desenvolvimento (MENEZES, 2015).

Vale destacar que a carta política brasileira, diferentemente da alemã, é fruto da reunião de efetivos representantes do povo, os quais, por intermédio da Assembleia Nacional Constituinte, promulgaram o texto constitucional com o principal objetivo de adaptar a legislação fundamental brasileira ao regime democrático.

De mais a mais, a referida tendência democrática possui como objetivo justamente o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Mencionado propósito acaba por promover um verdadeiro constitucionalismo social, porquanto esses direitos desfrutam de aplicabilidade direta e imediata.

Nos termos de Mello apud Menezes:

[...] a consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos. [...] o Estado ultrapassa o papel anterior de simples árbitro da paz, da ordem, da segurança, para assumir o escopo mais amplo e compreensivo de buscar, ele próprio, o bem-estar coletivo. (2015, p. 48)

Dessa forma, a inserção de direitos sociais no texto da Constituição da República enfatiza a preocupação do Estado brasileiro em transpor desigualdades há muito enfrentadas pelos mais desfavorecidos e, por conseguinte, de confirmar o seu papel enquanto garantidor da dignidade e segurança de toda a população.

O que se tem no plano das normas constitucionais brasileiras é a expressa vinculação de seus preceitos que, ao definirem direitos fundamentais, atribuem aos mesmos aplicação imediata tornando notória a prescindibilidade de maiores questionamentos quanto à sua necessária observância pelos intérpretes da Constituição, principalmente se os referidos mandamentos constitucionais veicularem direitos dotados de fundamentalidade (LAZARI, 2012).

Ademais, conforme bem observa Krell (2002), relativamente à adequação da Teoria da Reserva do Possível ao sistema normativo nacional, em que pese o Brasil ter sido influenciado pelo pioneirismo alemão no tratamento dos direitos fundamentais, quando da formulação dos preceitos contidos na Constituição da República de 1988, esta difere bastante da lei fundamental da Alemanha, considerando que a carta política germânica não prevê em seu texto a fixação de metas ou mandamentos a serem cumpridos pelo Estado, como o faz a brasileira.

No que diz respeito ao direito à saúde, abordado na presente pesquisa, naquilo que se refere ao fornecimento de medicamentos, consoante dispõe Dantas (2016) trata-se de um dos mais relevantes direitos sociais, sem o qual esvaece o direito natural inerente a todo ser humano traduzido no direito à vida. Por tal motivo, o constituinte pátrio estabeleceu que a saúde consiste em direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que refletem o viés garantista da carta magna de 1988.

4.1.2 Sistema de Saúde: Brasil x Alemanha

Em que pese a Reserva do Possível não ter sido, no caso da decisão *numerus clausus*, aplicada a fim de contingenciar os gastos do Estado com custeio de tratamentos farmacêuticos, esta tem sido a vertente em que a referida teoria vem sendo empregada no Brasil, como exclusiva matéria de defesa do Poder Público quando diante de pleitos dessa natureza.

Desse modo, seguindo o contexto dos fatores que possibilitam a demonstração da inadequação da tese germânica ao âmbito das ações judiciais de medicamentos, importa colocar em destaque como funcionam os sistemas de saúde no Brasil e na Alemanha, bem como as evidentes diferenças na realização da saúde nos referidos países.

Atualmente, o sistema de saúde brasileiro possui duas vertentes, uma gratuita, proporcionada através do Sistema Único de Saúde – SUS, muitas vezes deficiente, porém dotada de cobertura universal, atingindo principalmente as pessoas mais desabastadas; e uma particular, proveniente da iniciativa privada e geralmente satisfatória, entretanto limitada àqueles que possuem melhores condições financeiras. (MENEZES, 2015)

A dotação orçamentária e as prioridades direcionadas ao setor da saúde no Brasil são, por regra, definidas pelo governo federal e pelo Poder Executivo. No que se refere aos Estados e Municípios, resta a estes a incumbência de elaborar normas específicas adequadas às suas realidades e às regras gerais instituídas pela União. (MENEZES, 2015)

Não obstante pertença aos referidos entes federados a definição das diretrizes que irão regular o funcionamento dos serviços de saúde nas suas respectivas áreas de abrangência, a desestatização desse setor tem se tornado cada vez mais crescente, de modo a ocasionar uma suposta não responsabilidade das gestões nos níveis municipal, estadual e federal.

Com efeito, a privatização dos serviços nacionais de saúde tem ocorrido progressivamente, considerando que a assistência médica vem sendo cada vez mais repassada ao setor privado, que é ressarcido pelo Estado por meio dos recursos da Previdência Social, identificada na Secretaria de Assistência à Saúde – SAS, do Ministério da Saúde (MENEZES, 2015).

Cohn e Elias apud Menezes (2015) informa que em torno de 80 % dos problemas encarados pelos cidadãos brasileiros na área da saúde poderiam ser sanados caso fossem adotados procedimentos simples, como a implantação de uma rede básica de serviços de saúde concretizada através de centros de saúde, ambulatórios, etc. Ao invés disso, o que se tem é uma estrutura destituída de integração e hierarquização dos serviços prestados,

porquanto se atribuiu maior valor à lucratividade da iniciativa privada em detrimento da necessidade de atendimento.

De mais a mais, além da diminuição na ingerência do Estado no setor da saúde, a não observância de determinados preceitos normativos, que delimitam os critérios a serem observados quando do repasse das verbas orçamentárias, tem gerado do mesmo modo inconsistências e desigualdades na concretização da saúde:

Essas distorções decorrem da não aplicação integral da Lei 8.080/90 (a lei do financiamento do SUS), que define, em seu art. 35121, que as transferências de recursos entre os níveis de governo fossem realizadas de forma regular e automática pelo mecanismo fundo a fundo (do fundo federal para os fundos estaduais e municipais), cabendo 70% do volume total aos Municípios, atendendo aos seguintes critérios: a) população; b) perfil epidemiológico e demográfico; c) capacidade instalada; d) complexidade da rede de prestação de serviços de saúde; e e) contrapartida financeira. Ocorre que esses critérios nunca foram, de fato, obedecidos, e o critério populacional tem prevalecido sobre os demais, uma vez que a não adoção do conjunto de variáveis para realizar os repasses traz distorções ao sistema na medida em que o percentual destinado especificamente aos Municípios nunca foi obedecido (MENEZES, 2015, p. 128)

Verifica-se, desta feita, que o não cumprimento de requisitos específicos pelo administrador brasileiro, assim como a eventual displicência no que concerne à escorreita distribuição dos recursos públicos, acaba por ocasionar a má distribuição dos meios disponíveis ao atendimento de toda a coletividade.

O quanto acima exposto acaba por influenciar, ainda, no fornecimento de medicamentos que, em virtude da falta de planejamento do Poder Público, termina por não disponibilizar determinados fármacos nas listas nacionais de dispensação gratuita. Isso demonstra a ineficiência do Estado brasileiro no que tange à implementação de políticas públicas que venham a remediar tais deficiências do sistema de saúde.

Passando para o continente europeu, a Alemanha possui um sistema de saúde assentado no pluralismo e na administração autônoma, porquanto se encontra apoiado no público e no privado e assegura a todo

cidadão, independentemente da sua condição financeira e social, oportunidades iguais para a preservação e recuperação de sua saúde (MENEZES, 2015).

No que concerne ao fornecimento de medicamentos, Menezes apud Cury (2015, p.153) menciona que “[...] para os assegurados do seguro-saúde legal, os medicamentos são amplamente custeados pelas caixas de assistência de saúde, só tendo que pagar uma pequena soma [...]”.

O sobredito autor destaca informações relevantes acerca da política de dispensação de medicamentos na Alemanha, *in verbis*:

[...] no País, podem ser adquiridos cerca de 45.000 medicamentos, mais que em qualquer outra parte da Europa. O sistema de distribuição, composto pela indústria farmacêutica, pelo comércio atacadista do setor e pelas farmácias, garante à população, amplo abastecimento. O preço único de venda, válido em toda a Alemanha, bem como as diretrizes estabelecidas na Portaria, sobre Preços de Medicamentos, permite que cada remédio possa ser comprado pelo mesmo preço em qualquer farmácia pública. (MENEZES, 2015, p.154)

Isso demonstra a notória disparidade com o que ocorre no Brasil, onde os cidadãos muitas vezes se deparam com a falta nos estoques, ou mesmo, a não previsão de determinados medicamentos nas listas do Sistema Único de Saúde. Ademais, a precificação superavitária de alguns fármacos também contribui, significativamente, para a criação de barreiras ao acesso do tratamento das moléstias que acometem o cidadão brasileiro.

Consigne-se, ainda, que não obstante o amplo provimento de medicamentos pelo sistema de saúde alemão, o país possui uma forte política direcionada à prevenção de doenças, contando com inúmeras instituições federais e estaduais, além de organizações autônomas de assistência que disponibilizam informações educacionais acerca da proteção à saúde, e ainda cursos e programas para a orientação da população em geral. (MENEZES, 2015)

É evidente o quanto a garantia de uma saúde de qualidade consiste em uma das preocupações primárias do Estado Alemão, que dispense de

instrumentos variados para prevenir a ocorrência de doenças na população e, quando já acometidos de eventual enfermidade, o esforço em tratá-la da melhor forma possível.

Vale destacar que existe na Alemanha uma espécie de seguro-saúde obrigatório a todo cidadão, por meio do qual são proporcionados diversos serviços de saúde:

O seguro-saúde obrigatório oferece, sobretudo: a) exame pré-natal. As mulheres asseguradas têm direito a consultas mensais preventivas durante a gravidez, para controlar a saúde da mãe e do filho; b) reconhecimento precoce de doenças infantis e juvenis. O programa para identificar a tempo essas doenças abrange dez consultas, em diferentes fases da vida; c) check-up a cada dois anos, a partir de 35 anos, destinado a detectar especialmente os grandes males como doenças cardiovasculares, deficiências renais e diabetes; d) prevenção do câncer. O assegurado tem direito a exame anual para detectar o câncer em fase inicial – mulheres a partir de 20 anos e homens a partir de 45 anos de idade. (MENEZES, 2015, p. 155)

Ante o exposto, quanto à Reserva do Possível, é de se dizer que, por influência externa, à parte da realidade brasileira, procura-se incorporar ao ordenamento jurídico pátrio mais um complicador à efetivação dos direitos fundamentais, esquecendo-se que é muito cômodo condicionar, sob o pressuposto da disponibilidade financeira, a implementação de políticas públicas de saúde no primeiro mundo, tamanha assistência que dispõem seus cidadãos ao longo da vida, de modo que os agravos daí decorrentes não têm a mesma urgência dos países periféricos, como é o caso do Brasil.

4.2 O acesso a medicamentos enquanto direito fundamental

Conforme mencionado reiteradas vezes ao longo deste trabalho, o direito à saúde consiste em prerrogativa tutelada constitucionalmente, de sorte que foi introduzido no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente no artigo 6º, da Constituição da República de 1988,

sendo elevado em virtude disso ao *status* de direito fundamental da pessoa humana, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

A partir desta disposição denota-se a relevância de tal direito, o qual previsto na norma máxima de um Estado democrático de direito, como é o Brasil, deve ser garantido pelos poderes públicos, a quem incumbe proporcionar o bem-estar da população, representado na saúde enquanto parcela substancial da dignidade humana e instrumento de preservação da vida.

De mais a mais, ao Estado compete o dever de prestar os serviços de saúde, a fim de garantir uma existência humana e digna a toda população, de maneira que, diante desse encargo, foram elencados nos artigos constitucionais 196 a 200, os fundamentos básicos do direito à saúde no Brasil, dentre os quais se destaca o trecho abaixo transcrito:

Art. 198. 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:

[...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Assim, faz parte das obrigações impostas ao Sistema Único de Saúde fornecer integral atendimento à saúde de qualquer cidadão, colocando como preferência as ações que venham a prevenir maiores danos à coletividade. Quando o assunto é a concretização do direito à saúde, devem ser priorizadas as políticas públicas que estabeleçam atuações curativas e preventivas, mais especificamente as que reabilitam os indivíduos.

Não obstante, encontra-se entre os principais objetivos do direito à saúde, quando verificado que a prevenção foi ineficaz, o de procurar o restabelecimento do bem-estar do indivíduo acometido por enfermidade,

através do tratamento mais adequado ao seu caso. Dessarte, ao se encontrar em estado patológico, o cidadão tem o direito de acessar o necessário para a sua adequada recuperação, desde medicamentos até outros tipos de recursos terapêuticos (RAMINELLI e OLIVEIRA, 2012).

Nesse sentido, não é possível realizar integralmente o direito em debate, sem que seja antes assegurado o acesso a medicamentos. Esta prestação é de igual modo, imprescindível, ao passo que para a sua consecução se faz preciso determinadas posturas e ações estatais direcionadas ao seu atendimento, considerando que obter os fármacos necessários à prevenção e cura de doenças é, portanto, consectário do direito à saúde (BATISTA e CALIL, 2016).

Hodiernamente, os medicamentos são indispensáveis ao trato da saúde populacional e, diante do desenvolvimento das tecnologias que envolvem a medicina, deve o Estado conformar-se às técnicas modernas, utilizando-as em favor do bem-estar dos cidadãos refletido no combate às doenças. Logo, o direito enquanto sistema dinâmico não pode se isentar de tamanho progresso na área da saúde, devendo adequar-se ao desenvolvimento medicinal (BATISTA e CALIL, 2016).

Ao discorrer sobre o assunto, José Afonso da Silva verbera que:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. 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 [...]. (2009, p. 308)

Insta destacar que a Lei 8.080 de 1991, considerada a lei orgânica da saúde, estabeleceu o compromisso do Estado quanto à promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como a organização e o funcionamento dos serviços respectivos. Nos termos da mencionada normativa, foram ratificados os pressupostos constitucionais que determinam a garantia do direito à saúde como direito fundamental do ser humano e o conjunto de

atuações e serviços que compõem o Sistema Único de Saúde (RAMINELLI e OLIVEIRA, 2012).

A partir de uma legislação específica, a realização de ações direcionadas à prestação de serviços voltados à assistência médica e farmacêutica foi devidamente regulamentada, de forma que:

[...] o art. 6º da referida lei inclui nos campos de atuação do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, I, “d”), e a formulação da política de medicamentos (art. 6º, VI), a qual constitui elemento essencial para a implantação de ações efetivamente hábeis para a promoção da melhoria das condições da assistência à saúde da população. (RAMINELLI e OLIVEIRA, 2012).

Estabeleceu-se, dessa forma, e conforme já mencionado no capítulo terceiro, uma política nacional de medicamentos, cujo escopo consiste em asseverar que o acesso a medicamentos corresponde a direito fundamental do cidadão, do mesmo modo que o direito à saúde, tendo em vista tratar-se de extensão deste. Trata-se, pois, de regras para a gestão da dispensação pública de medicamentos, nos níveis federal, estadual e municipal.

No bojo da referida política estão dispostos seus principais objetivos, quais sejam a garantia de segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos e a execução do uso racional, assim como, e não menos importante, a viabilização do acesso da população àqueles julgados essenciais (RAMINELLI e OLIVEIRA, 2012).

Consigne-se que entre os propósitos da sobredita política de medicamentos figura a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, que tem o Ministério da Saúde como responsável por sua composição, e serve precipuamente para listar os fármacos essenciais para o tratamento das doenças que comumente atingem a população (RAMINELLI e OLIVEIRA, 2012).

A instituição de uma listagem de medicamentos essenciais revela duas vertentes, no que se refere à assistência farmacêutica nacional. Primeiro, não há como negar a relevância de uma normativa desta natureza,

porquanto busca racionalizar e controlar a dispensação de insumos terapêuticos indispensáveis. Entretanto sob um segundo ponto de vista, ao prever apenas determinados medicamentos acaba por obstar o acesso daquele que necessita de fármaco ainda não constante na mencionada.

Em que pese o RENAME consista em lista oficial definida pelo Ministério da Saúde, não deve esta se colocar acima do direito à saúde. Diante de um caso concreto em que o indivíduo esteja acometido de moléstia grave ou complexa, é obrigatório que se assegure, independentemente do atendimento de qualquer pressuposto, o acesso ao medicamento apropriado (BATISTA e CALIL, 2016).

Considerando a estreita ligação que há entre o direito a vida e a dignidade humana, pode-se reconhecer que o Estado tem de, obrigatoriamente, garantir o acesso inclusive aos medicamentos não previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, além daqueles ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. (BATISTA e CALIL, 2016)

À vista do exposto, embora não existam direitos absolutos na Constituição, o direito fundamental à saúde deve, a princípio, prevalecer sobre os demais, sendo dever do Estado de Direito assegurá-lo. Sendo assim, os medicamentos não constituem bens jurídicos que se possam limitar à “reserva do possível” ou “proporcionalidade”, quando opostos retoricamente às pretensões declinadas em juízo.

Conforme apontado alhures, a realização do direito à saúde faz parte do propósito assumido pelo Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, de maneira que suportar o financiamento e aquisição dos medicamentos de dispensação excepcional ou que supostamente extrapolem os cofres públicos constitui ônus intrínseco a esse ideário.

Em casos que envolvam situações de riscos à saúde ou à qualidade da própria existência corporal, tem de se privilegiar o *in dubio pro vita*, o qual significa que, na colisão com outros bens jurídicos, o direito à vida deve ser protegido.

4.3 Subsunção da discricionariedade administrativa à lei

Para a consecução dos serviços de saúde, dentre os quais o fornecimento de medicamentos, o Estado se utiliza de políticas públicas, que nada mais são do que ações governamentais orientadas, no presente caso, para a melhoria das condições de saúde da população e “consiste em organizar as funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade” (LUCCHESI apud MEDEIROS, 2014)

Assim, dando continuidade à análise dos obstáculos existentes à utilização da Teoria da Reserva do Possível pelo Estado, importa destacar que ao proceder à definição de políticas públicas que possibilitem a execução de serviços de saúde, a exemplo da dispensação de fármacos, a Administração Pública não possui margem de escolha no que concerne a se atenderá ou não as referidas necessidades básicas.

Ocorre, todavia, que grande parte das omissões do Estado verifica-se na seara das políticas públicas, porquanto para que sejam executadas demandam uma postura prestacional da Administração Pública, que implica diretamente em gastos de recursos públicos (DANIEL, 2011).

Não obstante exista para o administrador certa margem de discricionariedade, necessária ao alcance do interesse público, o princípio democrático e a reserva legal atuam de maneira a obstar a atuação estatal arbitrária. Assim, prioriza-se a busca por melhorias sociais e econômicas, sempre em consonância com as garantias inerentes ao Estado de Direito, ao passo que a gestão pública não deve se preocupar apenas com situações pontuais, mas sim com a instituição de políticas a médio e longo prazo, desde que supram as deficiências das prestações públicas. (DANIEL, 2011)

Segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade:

[...] é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de

que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal'. Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. (2008, p.424)

Desta feita, o atendimento aos ditames legais não está sujeito ao alvêrio do administrador público, que deve atuar dentro dos parâmetros previamente estabelecidos na norma. O que existe, em verdade, é a possibilidade de se optar, quando diante de duas ou mais providências admissíveis, por aquela que venha a atender da melhor forma o escopo legal.

No que tange à seara constitucional, diante de preceitos que assegurem direitos fundamentais, não há que se falar, nesse caso com ainda mais ênfase, em arbítrio do administrador quanto a efetivá-los ou não. Nesse sentido, Vidal Serrano Nunes Júnior ressalta o seguinte:

Ante uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que se incumbem de atribuir a todos os indivíduos o direito público subjetivo à educação básica e à saúde, designando, por via reflexa, o dever do Estado de adotar medidas concretas, a fim de satisfazer tais desideratos normativos, não há, com efeito, margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os demandatários de tais espécies de atenção pública (2009, p.202).

Infere-se, desse modo, que o agente político não pode deixar de cumprir ditame constitucional, cuja aplicabilidade não se imponha qualquer pré-questionamento, de outro modo, deve buscar os meios adequados para a execução dos direitos, seja por intermédio de políticas públicas ou do incremento dos serviços destinados ao seu atendimento.

O poder discricionário titularizado pelo administrador dá a este, portanto, a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, de modo que a autoridade pode escolher, dentre as opções a ela oferecidas, qual conduta será adotada para se alcançar determinado fim. À vista disso, “a atividade administrativa é essencialmente uma atividade infralegal. [...] sempre adstrita à lei, independentemente do grau de vinculação” (DANIEL, 2011).

Impende frisar, mais uma vez, que o fim último da discricionariedade consiste em permitir ao administrador, diante do caso concreto, a escolha da providência ótima, que proporcione a realização da supremacia do interesse público, de tal modo como estabelecido na lei ou norma constitucional. Não fica ao critério do Estado decidir sobre o cumprimento ou não de direitos assegurados, mas sim viabilizar o alcance da pretensão normativa (MELLO, 2008).

O administrador define políticas públicas quando elabora o orçamento estatal, oportunidade em que, deve estar ciente de todas as carências que administra nas mais diversas áreas como a educação, saúde, transporte, lazer, dentre outros, tendo que fazer escolhas para melhor investir recursos públicos, com a obrigação superior de concretizar direitos fundamentais, a exemplo do direito à saúde.

A discricionariedade não implica garantir à administração a possibilidade de optar por permanecer em situação de inércia em relação à proteção dos direitos fundamentais – no caso, o direito a medicamentos. Pelo contrário, “[...] o Estado não só deve planejar seu orçamento anual, mas também suas despesas de capital e programas de duração continuada, colocando em prática a “vontade de Constituição” (DANIEL, 2011).

O Estado recai em manifesto equivoco, ao utilizar-se da discricionariedade como fundamento para permanecer inerte diante de casos que necessariamente exigem da administração a tomada de providências. Assim, o certo é que não há discricionariedade na adoção de políticas públicas, pois a Constituição já determina sua realização.

Apesar de o campo das políticas públicas estar relacionado com a noção de discricionariedade administrativa, o Estado não possui o poder de escolhas absolutas, estando sempre limitado ao que dispõe a norma legal. Ressalte-se que a não observância desse limite tem agravado a distância entre as expectativas da sociedade, que convive com o aumento da demanda por prestações públicas, e a ausência de resposta da Administração Pública, porquanto não aplica os recursos públicos correspondentes.

Não há que se falar, portanto, em escassez de recursos para o cumprimento de políticas públicas na área da assistência farmacêutica, empregando-se aí a Reserva do Possível. De outro modo, o referido argumento é ineficaz ante a dignidade da pessoa humana, conjunto de direitos fundamentais que inclui o acesso a tratamentos de saúde que garantam o bem-estar da população, tipificado entre os fundamentos da Constituição Federal, dotados de eficácia imediata.

4.4 O controle orçamentário público

Inegavelmente, quando se tem em discussão direitos que demandam uma prestação do Estado, as questões orçamentárias são pontos relevantes que precisam ser examinados pelo gestor público, a quem incumbe materializar os direitos por meio da destinação dos recursos correspondentes. Ocorre que, como demonstrado no tópico anterior, determinados direitos, principalmente aqueles que a constituição atribuiu eficácia imediata, devem ser efetivados sem embargos, ainda que financeiros.

Com efeito, o Estado, como um todo, é responsável pela promoção da saúde pública – nela compreendido o fornecimento de medicamentos – indistintamente, a todos os cidadãos, hipossuficientes ou não, e, para o cumprimento desse dever constitucional, obriga-se à correta aplicação de verbas públicas e à adoção de políticas eficientes.

É por meio do planejamento das despesas que o Poder Público se organiza para a consecução de seus planos e atividades direcionadas ao funcionamento da máquina estatal. Ao incumbir-se da realização de certa política pública, antes precisa organizar os gastos que serão despendidos, de maneira a alcançar a máxima efetividade em sua atuação. Em resumo, na dicção de KANAYAMA:

Sem um orçamento bem elaborado – e que esteja relacionado ao planejamento estatal como um todo – não se alcança a prestação adequada de políticas públicas do Estado, as quais, sem coordenação, serão ações pontuais e desconexas de ações mais amplas (2012, p. 40)

Assim, a correta definição dos objetivos almejados com a instituição das políticas estatais trata-se de passo fundamental para que as metas estabelecidas pelo Estado sejam acertadamente atingidas.

Nos termos de Kanayama (2012), o orçamento consiste em uma peça documental, contábil e programática, conformada a partir da definição de onde serão alocados os recursos. Uma vez assente as despesas públicas, a lei orçamentária é elaborada e, posteriormente submetida à avaliação do parlamento, ao qual incumbe aprovar ou não as despesas para o exercício financeiro posterior, oportunidade em que poderá realizar alterações e supressões de gastos, bem como recalcular as receitas públicas. Em suma, ajusta o projeto de lei e, após isso, aprova-o.

Consigne-se, ainda, que a Constituição da República determina as chamadas vinculações orçamentárias, que possuem como escopo compelir o idealizador da proposta orçamentária a indicar gastos em certas políticas, apontadas como essenciais ao regular funcionamento do Estado, ou com ainda mais relevância, para efetivação dos direito prestacionais (KANAYAMA, 2012)

No Brasil, as verbas destinadas à saúde e aos serviços dela decorrentes (a exemplo dos medicamentos) são provenientes da seguridade social, assim como de outras fontes, igualmente relevantes, como os percentuais das receitas de impostos da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, em conformidade com o que estabelece o artigo 198 da Constituição (SABINO, 2016).

Isso não impede que existam outras fontes para a realização do mencionado direito, podendo o seu financiamento decorrer da “destinação de doações e donativos, contribuições, alienações patrimoniais e rendimentos de capital, taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do SUS” (SABINO, 2016, p. 79). O que se tem, portanto, é uma ampla lista de opções, com potenciais meios financiadores das despesas resultantes da manutenção da infraestrutura que envolve a saúde pública.

Desta feita, considerando ser a efetivação do direito a saúde um dos propósitos do Estado brasileiro, a Emenda Constitucional 29, de 2000 definiu o dever de aplicação de percentuais mínimos por parte dos entes federados na referida área. A determinação em questão foi regulada, ademais, pela Lei Complementar 141/12, que fixou a porcentagem aplicável sobre a fonte de receita, definindo quais são os percentuais mínimos que os entes federados devem aplicar à saúde (SABINO, 2016)

Resta, desse modo, inquestionável a responsabilidade do Estado no que concerne à destinação de recursos para a concreção do direito aos medicamentos, incluso na área de abrangência da saúde. Através da delimitação dos valores que devem, obrigatoriamente, ser aplicados para tal fim, entende-se que a Constituição buscou preservar a fundamentalidade das prestações inerentes ao setor da saúde.

Nesse sentido, vale destacar a seguinte lição:

[...] é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos bastantes e suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo a que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas seja sanado através do pleno exercício das liberdades reais (Robert Alexy), ou, por outras palavras, para o exercício pleno das capacidades de cada indivíduo ou coletividade de indivíduos (Amartya Sen) (SCAFF apud DA COSTA MOURA e RIBEIRO, 2017, p. 234).

A verba orçamentária destinada à execução dos direitos fundamentais, aos quais toda a população deve ter acesso, precisa ser condizente a eventuais embaraços que, de alguma forma, impeçam a sua plena fruição. Dito de outro modo, o Poder Público precisa direcionar recursos suficientes e progressivos para cumprir com a incumbência a ele atribuída constitucionalmente.

Impende ressaltar que as normas instituidoras de direitos prestacionais “vinculam os poderes constituídos em diferentes graus ou medidas, de forma que, embora não seja possível determinar como ocorrerá a realização dos bens e interesses sociais, não torna a margem de livre decisão

dos poderes públicos ilimitada, quanto à opção de efetivá-los” (FRASCATI apud DA COSTA MOURA e RIBEIRO, 2017, p.236).

Entretanto, a execução do orçamento público torna-se, na maioria das vezes, em “um processo obscuro e antidemocrático, no qual faltam controles, transparência, eficiência e sobram instrumentos e disposições legais para conferir mais poder decisório ao Presidente da República e a órgãos administrativos” (SABAGG, 2006, p. 87).

Isso se deve, uma vez que o orçamento público no Brasil é definido em meio a uma discricionariedade exagerada, que termina por contrariar o princípio democrático, que não se subsume apenas ao aumento da intervenção popular na decisão do gasto público, mas, principalmente, na redução da discricionariedade ou arbítrio do administrador público quando diante de despesas, visto que precisa estar estritamente vinculado ao definido nas leis orçamentárias (CHRISTOPOULOS, 2009).

Do mesmo modo, Da Costa Moura e Ribeiro asseveram:

Sustentar que os direitos fundamentais sociais se sujeitam a discricionariedade ou conformação dos poderes públicos – definindo se devem ser colocados ou não a disposição da sociedade – permite que o Poder Público disponha livremente da maior parte do orçamento é violar as próprias regras do jogo democrático, uma vez que, para participar da deliberação pública é necessária ao cidadão a fruição mínima dos direitos fundamentais (2017, p.236)

Ao planejar o orçamento, o Estado deve estar adstrito ao cumprimento das diretrizes previamente fixadas, as quais o orientarão na conformação das despesas de modo a priorizar o atendimento das necessidades básicas da sociedade. Não é permitido, desse modo, ao gestor público realizar gastos deliberadamente, opinando se irá ou não disponibilizar para os cidadãos direitos básicos.

De fato, subordinar a efetivação dos bens e interesses sociais ao arbítrio do gerenciador da política orçamentária resultaria em violação à eficácia vinculativa das normas instituidoras de tais prerrogativas, condicionando a força normativa da Constituição à deliberação do Poder Público

consentindo com a frustração da efetividade de suas normativas em virtude da não destinação dos recursos imprescindíveis a sua realização ante o argumento da adequação dos ditames constitucionais à legislação orçamentária (DA COSTA MOURA e RIBEIRO, 2017).

Assim sendo, a reiterada alegação de indisponibilidade financeira corrobora para a iminente violação dos direitos prestacionais, assim como das normas pertinentes ao planejamento e execução do orçamento. Considerando que ao Estado incumbe gerir os recursos públicos, ao realizar mencionada tarefa, deve sempre prezar o cumprimento dos preceitos constitucionais harmonizando as despesas e as receitas estatais (DA COSTA MOURA e RIBEIRO, 2017).

Nesse sentido, a utilização da Teoria da Reserva do Possível pelo Estado, com o intuito de alegar ausência de meios financeiros suficientes para a realização dos fins públicos, demonstra-se sem qualquer fundamento, porquanto o escorreito planejamento orçamentário é capaz de ilidir eventuais ausências de verbas, que quando proporcionalmente aplicadas permitem a realização dos direitos garantidos a toda a população.

Corroborando com o pensamento acima esposado, Christopoulos faz a seguinte ponderação:

Um Estado que gasta mal, atua mal, porque toda atuação estatal pressupõe um gasto. É verdade que se pode argumentar que: nem sempre que os gastos aumentam, há um aumento na efetivação dos direitos. Mas esse fenômeno só acontece quando os gastos são realizados sem o devido planejamento e controle dos órgãos competentes. Ao atuar mal, o Estado deixa de efetivar os Direitos Fundamentais aos quais se propõe cumprir. Não basta que os direitos fundamentais sejam protegidos por cláusulas pétreas se, no momento do gasto público, a administração é ineficiente, deixando de atender à população com toda a sua capacidade. (2009, p.9)

É preciso que haja uma atuação eficiente por parte do administrador público, que ao coordenar as despesas precisa dar efetividade aos direitos fundamentais, através do planejamento regular das receitas disponíveis.

Outrossim, a mera suscitação da Reserva do Possível não está apta a demonstrar a ausência de recursos, tendo em vista que continuamente o Estado capta receitas por intermédio da arrecadação de tributos, o que importa em permanente possibilidade de garantia dos direitos prestacionais, podendo ser efetivados mediante a abertura de créditos suplementares ou da previsão no exercício seguinte (DA COSTA MOURA e RIBEIRO, 2017).

Desta feita, todas as vezes em que a omissão estatal implica em transgressão à direitos básicos, a alegação de insuficiência financeira não pode ser admitida prontamente, ao passo que [...] a preocupação não deve ser o enxugamento da máquina estatal ou a diminuição severa dos gastos públicos, mas a busca pela melhor distribuição da receita que o Estado compulsoriamente retirou dos cidadãos por meio da tributação (CHRISTOPOULOS, 2009, p. 10).

Na composição do orçamento público é preciso ter em conta que o mesmo está sendo conformado em um sistema jurídico pautado na Constituição da República e orientado nos ditames da justiça social e que, não obstante a construção das despesas esteja consubstanciada em dados econômicos e sociológicos, são suscetíveis de intervenção judicial (DA COSTA MOURA e RIBEIRO, 2017).

Assim, a construção orçamentária precisa estar coadunada com o que dispõe a norma máxima brasileira, de modo que, quando não programada dessa forma, surgirá a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário na alocação dos recursos públicos, tema que será analisado a seguir.

4.4.1 A justiciabilidade da alocação de verbas públicas

Os direitos fundamentais demandam, obviamente, a afetação de recursos para a sua concretização, o que se materializa através do direcionamento das receitas oriundas da arrecadação de tributos ou mesmo de fontes diversas reguladas pelo Estado.

Sucedem-se que nem sempre os rendimentos auferidos pelo Poder Público são devidamente aplicados, induzindo a deficiências prestacionais em

determinadas áreas, que por não receberem as verbas necessárias tem o seu funcionamento prejudicado, afetando diretamente o destinatário final, qual seja o cidadão.

Não se trata de aumentar a carga tributária já existente sobre a população, porquanto conforme ressalta Scaff apud Oliveira (2015, p.119) “a receita pública advém em sua maior parte das receitas tributárias e que esta arrecadação no Brasil atual atinge quase 34% do PIB”. Ao invés disso, a preocupação deve concentrar-se na escorreita aplicação destes valores recebidos pelo Estado, uma vez que constituem parte significativa da fonte de custeio da atuação estatal.

Surge, a partir daí, a inevitável interferência do Judiciário, que atua quando determinados direitos acabam não sendo atendidos pelo Estado, no sentido de melhor distribuir os rendimentos por ele angariados, a fim de zelar pela aplicação das normas instituidoras de tais prerrogativas.

Assim, exemplificando a mencionada situação Leite apud Oliveira (2015, p.120) aduz que “se o Poder Judiciário determina que certo tratamento médico deva ser realizado, porque não adequadamente oferecido pelo SUS, inevitavelmente, apenas com alterações do orçamento é que tal decisão poderia ser satisfeita”.

Impende ressaltar que, não obstante diversos doutrinadores afirmem que a referida ingerência judiciária na determinação de despesas transgride as normas, a Constituição ao dispor acerca do princípio da legalidade da despesa (artigos 86, 166, 167 e 169) regulamenta tão somente as atuações de iniciativa da Administração Pública (OLIVEIRA, 2015).

Assim sendo, “veda-se que esta realize despesas ou assumas obrigações que excedam o orçamento (art. 167, II), mas não há incidência de uma tal norma quando a realização de despesa ou o nascimento de uma obrigação decorre de uma decisão judicial” (FISCHER apud OLIVEIRA, 2015, p. 121).

Dessa forma, ainda que a decisão judicial determine gastos que ultrapassem os limites orçamentários do ente federativo, não estará agindo o Judiciário em afronta aos ditames legais, visto que a referida restrição se

apenas a esfera administrativa. Ao fixar a realização da prestação material pretendida pelo postulante, como ocorre com os medicamentos, o veredito indicará a imprescindibilidade do direito e reforçará o dever do Estado de proporcioná-lo, do modo que achar conveniente.

A intervenção do Poder Judiciário no orçamento público pode ocorrer por meio da definição de abertura de créditos complementares à programação financeira em curso ou, até mesmo, através da inserção de recursos no planejamento de futuros orçamentos (OLIVEIRA, 2015). Ademais, não obstante o texto constitucional preveja as fontes de custeio para a consecução dos direitos, pode o Estado proceder à criação de outras fontes subsidiárias.

O Estado, não raras vezes, aplica recursos públicos em áreas não essenciais à manutenção da regular prestação de serviços básicos, o que permite que o Judiciário, diante dessas omissões, venha a ordenar a realocação dos recursos, direcionando-os para atender a uma área específica, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos. Nos termos de Dirley da Cunha Júnior, o Poder Judiciário pode:

[...] determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex - Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência (2009, p.734-735)

À vista do exposto, sobejam setores dos quais o Poder Público pode remanejar os recursos, sem implicar em violação de direitos, mas sim na otimização das despesas que, inevitavelmente, precisam ser realizadas. Não se trata, em verdade, de restrições financeiras na gestão pública, o que se verifica é a má administração dos recursos existentes, os quais, de maneira alguma, são insuficientes.

Maurício Júnior apud Oliveira (2015) consigna que intervenção judicial no âmbito da alocação de recursos precisa ocorrer por meio do próprio orçamento. Existindo motivos que evidenciem o não atendimento verossímil dos ditames constitucionais pelas alocações realizadas pelo Legislativo e pelo Executivo, o Poder Judiciário deve, em conformidade com o caso concreto, ordenar a realocação das verbas previstas no orçamento ou a inserção, na peça orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou ampliação do programa reservado à execução do direito constitucionalmente protegido.

A referida intervenção – pela via orçamentária – contribui, ademais, para a diminuição das constantes críticas direcionadas ao controle judicial. Primeiro, no que concerne ao eventual desrespeito da separação dos poderes, a competência judicial se adequa a dos demais poderes, porquanto, em casos como estes, o Judiciário atua apenas residualmente. Segundo, quanto à inadequação do Judiciário e dos procedimentos judiciais em matéria de afetação de recursos, permite que, ao interferir por meio do orçamento, os magistrados não definam, propriamente, as políticas públicas, mas apenas determinem o atendimento a uma necessidade pontual, ficando a critério do administrador e do legislador a eleição dos respectivos meios. Por fim, mas não menos importante, possibilita sem sacrificar a liberdade do Legislativo e do Executivo que o demandante interfira na execução de direito próprio, prestigiando o princípio democrático (OLIVEIRA, 2015).

Em que pese ainda não ser pacífico o entendimento pela legitimidade do Judiciário, em casos que demandem a alocação de recursos para a efetivação de direitos fundamentais, como o acesso a medicamentos, não há que se negar a postura ativista deste poder do Estado, que tem avocado para si a importante função de efetivar os direitos assegurados constitucionalmente, ainda que para tanto precise intervir em institutos atribuídos aos outros poderes.

Ressalte-se que as aludidas decisões judiciais são diretamente influenciadas pela falácia da Reserva do Financeiramente Possível, uma vez que

esta consiste na principal matéria de defesa do Poder Público, para justificar a não realização dos direitos vindicados. Ocorre que tal argumento pode ser facilmente refutado, porquanto os precedentes judiciais estabelecem que diante da insuficiência de verbas para o atendimento da demanda, o custeio da prestação poderá ser extraído da receita destinada às “despesas com propaganda” (OLIVEIRA, 2015).

Esse posicionamento “expressa uma reação do Poder Judiciário à reiterada apresentação do argumento da ausência do orçamento (num plano mais imediato) e da reserva do possível, como bloqueio absoluto a qualquer pretensão concretizadora de direitos fundamentais” (VALLE apud OLIVEIRA, 2015, p. 122). Assim, a desproporcional receita oriunda do orçamento destinado à publicidade estatal tem servido de subsídio para a transferência de recursos aos setores que efetivamente precisam de financiamento.

4.4.2 Redução dos gastos supérfluos do Estado

Kiyoshi Harada consigna que o orçamento, atualmente, precisa “espelhar toda a vida econômica da nação, constituindo em um importante instrumento dinâmico do Estado a orientar sua atuação sobre a economia” (2017, p.70).

O referido autor leciona que o orçamento público que não leva em conta os interesses da sociedade é destoante com a realidade, razão pela qual “sempre reflete um plano de ação governamental e possui caráter de instrumento representativo da vontade popular, que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário” (2017, p.70).

Assim sendo, ao determinar as despesas que comporão o orçamento público, o administrador precisa equilibrar as demandas, afetando o quantitativo adequado das verbas para cada política que institua, sempre de acordo com um planejamento condizente com a conjuntura social e de maneira a atender satisfatoriamente as necessidades da população.

Impende ressaltar, todavia, que o Estado tem se desincumbido de observar tais fatores, ao passo que os recursos públicos vêm sendo

direcionados, geralmente em quantidade significativa, para áreas que não possuem um caráter de urgência ou, ainda, que não trarão benefício algum para os cidadãos.

Exemplificando o quanto acima afirmado, mencionam-se as campanhas publicitárias patrocinadas pelo atual governo do presidente Michel Temer que, buscando defender a aprovação de determinadas medidas governamentais (PEC do Teto, Reforma da Previdência, entre outras), se utilizou de propagandas que, segundo a Secretaria Especial de Comunicação Social – SECOM, custaram o montante de R\$ 54,1 milhões, valor correspondente à produção das peças publicitárias e ao custo de veiculação em meios de comunicação (LUPION, 2017).

Tendo em vista os referidos gastos, recentemente, a Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5863) no Supremo Tribunal Federal contra a dotação orçamentária de R\$ 99 milhões destinados à comunicação institucional da Presidência da República, mais precisamente, para realização de propagandas a favor da reforma da Previdência (D’AGOSTINO, 2017).

Em que pese a referida ação possuir como objetivo principal questionar o desvirtuamento da propaganda institucional, em virtude da sua suposta “feição de campanha estratégica de convencimento público”, foi possível extrair trecho da inicial que se adequa à questão dos gastos supérfluos, onde a procuradora ressalta que não deve prevalecer:

[...] a ideia de que o Judiciário não pode coibir gastos públicos dirigidos a meta incompatível com os postulados do republicanismo, da democracia, da igualdade, do igual respeito e consideração que todos os interesses em princípio legítimos devem receber dos agentes que, num dado momento, são elevados à condição de gestores da coisa pública (ADI n. 5.863/DF).

Dessa forma, não pode o Estado gastar mais com propaganda do que realizando os atos prestacionais e materiais que divulga, sobretudo no caso de propaganda institucional. Todas as vezes que permite a realização de divulgações mais onerosas aos cofres públicos termina por privilegiar a

promoção estatal em detrimento de efetivos progressos sociais (MACHADO, 2009).

O ilustre professor Vidal Serrano Nunes Júnior, ao conjecturar acerca das constantes alegações de limitação financeira, por parte do Estado, declara:

[...] é curioso notar que o mesmo ente público que opõe óbices orçamentários aos pleitos em favor da saúde despenda vultuosos gastos com publicidade, por isso que já um bom número de magistrados, em ações que reclamam proteção à saúde, para dar efetividade à tutela, venha determinando o sequestro de valores destinados a gastos com publicidade (2009, p. 131).

A atuação do Judiciário, em casos semelhantes, torna-se legítima e bastante conveniente, porquanto “nenhuma utilidade teria limitar constitucionalmente os gastos do Estado se, em verdade, a adequação desses gastos não fosse controlável por outro Poder, pois a cada dever jurídico deve corresponder a possibilidade de seu controle” (MACHADO, 2009).

Outrossim, uma vez não atendidos os direitos fundamentais não existe, por consequência, liberdade para a conformação da lei orçamentária destinada às despesas em outros setores, como a publicidade estatal, implicando em conduta ilegítima o legislador que venha a direcionar recursos a gastos dessa natureza não obstante faltem recursos para o custeio da saúde (NUNES JÚNIOR, 2009).

Ante o exposto, o Estado, com base em argumentos meramente econômicos, num país em que verbas oficiais milionárias são destinadas à publicidade, não pode deixar de cumprir com a sua atribuição estatal típica de garantir a prestação de medicamentos e tratamentos médicos aos seus cidadãos.

4.4.3. Decreto Executivo: criação de créditos suplementares e especiais

Ao tratar da justiciabilidade da alocação orçamentária, a presente obra ressaltou a possibilidade de o magistrado em sua decisão definir que o administrador proceda a alterações no orçamento, como a abertura de

créditos suplementares, para o eventual custeio das prestações materiais vindicadas pelos postulantes, a exemplos dos medicamentos.

Com efeito, os denominados créditos suplementares e especiais tratam-se de créditos instituídos quando os recursos inicialmente previstos na lei orçamentária demonstram-se “insuficientes para os programas nela previstos ou quando há necessidade de realização de despesa nela não autorizada” (LEITE, 2016, p.116), àqueles quando forem destinados a reforço de verba orçamentária já existente, e estes quando se destinarem a despesas que não possuem verba orçamentária específica (LEITE, 2016).

Os créditos suplementares dependem, para serem autorizados, de lei específica, podendo a própria lei orçamentária prever a autorização ao Poder Executivo para a sua abertura, limitada a um valor ou percentual determinado (LEITE, 2016). Nesses termos dispõe a Lei nº 4.320/64, que estatui as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal:

Art. 7º A Lei de Orçamento poderá conter autorização ao Executivo para:

I - abrir créditos suplementares até determinada importância, obedecidas as disposições do artigo 43;

[...]

Art. 42. Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executivo.

Por seu turno, os créditos especiais precisam ser autorizados por lei, diversa da lei orçamentária, dependendo para a sua abertura de verbas disponíveis. Após autorizados, os créditos são abertos por meio de decreto do Poder Executivo, geralmente, para a criação de programa não existente ou para despesa que vise executar finalidade não contida no orçamento (LEITE, 2016).

Impende ressaltar que os créditos suplementares e especiais apenas poderão ser abertos caso hajam recursos disponíveis para a realização da despesa, que deve ser devidamente justificada (LEITE, 2016)

Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer à despesa e será precedida de exposição justificativa.

§ 1º Consideram-se recursos para o fim deste artigo, deste que não comprometidos;

I - o superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior;

II - os provenientes de excesso de arrecadação;

III - os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em lei;

IV - o produto de operações de crédito autorizadas, em forma que juridicamente possibilite ao Poder Executivo realizá-las.

Dessa forma, restando configurada qualquer uma das hipóteses expressas no sobredito artigo, poderá ser instituída a criação de créditos suplementares e especiais ao financiamento de demandas não previstas originalmente na lei orçamentária ou que extrapolaram os limites financeiros destas.

Recentemente, em novembro de 2017, foram sancionados quatro projetos de lei que abrem R\$ 7,5 bilhões em créditos suplementares e especiais. Os textos aprovados pelo Presidente da República determinam a redistribuição de recursos entre vários ministérios, dentre os quais, o Ministério da Saúde, por meio do SUS (Sistema Único de Saúde), que receberá R\$ 5 bilhões (HIRABAHASI, 2017).

Conforme mencionado alhures, as verbas objeto dos créditos em questão decorrem, principalmente, do superávit financeiro, do excesso de arrecadação com restituição de recursos de convênios e da anulação parcial de outras dotações orçamentárias.

Isso demonstra o quanto a abertura de créditos suplementares e especiais consiste em instrumento hábil ao direcionamento de recursos públicos para áreas que deles necessitem, como a da saúde pública, permitindo o melhoramento dos respectivos serviços e a compra dos medicamentos habitualmente negados ao cidadão pela administração pública, sob o argumento de escassez de recursos.

Considerando o montante angariado a título dos referidos créditos, vai de encontro com a segurança jurídica negar a concretização de um direito fundamental, sob o pretexto de que o Estado não dispõe de meios materiais para cumprir seus deveres constitucionais, quando se sabe que este dispõe de verba suficiente para o atendimento das necessidades da população, como o acesso a medicamentos.

A reserva do possível nos tribunais superiores do Brasil

Em virtude de a Teoria da Reserva do Possível ser comumente suscitada como matéria de defesa pelo Estado, quando este é demandado judicialmente à prestação de determinado bem da vida que implique em despesas aos cofres públicos, como ocorre com os medicamentos, nada mais razoável do que trazer ao presente trabalho o entendimento das altas cortes brasileiras no que concerne à referida tese jurídica. As decisões analisadas em seguida, especificamente as proferidas pelo STJ e STF, demonstram como vem sendo tratado o argumento da escassez de recursos públicos, atribuído à Reserva do Possível, na jurisprudência dos tribunais de superposição, os quais têm formado importantes precedentes utilizados em diversos outros julgados, nos demais tribunais nacionais.

5.1 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça tem negado seguimento a argumentos que visem apenas justificar a postura omissa do Estado, quando da não implementação de políticas públicas. Sucede-se que a recorrente alegação do Poder Público tem sido a de insuficiência de recursos, a qual supostamente possui por espeque a teoria germânica da Reserva do Possível. Ocorre, entretanto, que ao conceder as tutelas jurisdicionais, a referida Corte tem buscado ponderar no caso concreto o direito que o cidadão tem de ver providas suas necessidades sanitárias e os critérios da Administração Pública para o fornecimento das

prestações materiais em saúde. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado, pelo qual fica evidente que a realização de determinados direitos não pode ficar ao alvedrio do administrador:

ADMINISTRATIVO - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. [...] (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1136549 RS 2009/0076691-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 08/06/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2010)

Ademais, conforme se verifica, é plenamente legítima a atuação do Poder Judiciário enquanto “órgão controlador da atividade administrativa”, tendo em vista que cabe somente a este analisar a legalidade da atuação do Estado, ou mesmo de sua omissão, no caso objeto da demanda. Outro ponto relevante, destacado na continuação do precedente acima citado, consiste na possibilidade de o Judiciário, diante do pretexto da inexistência de verbas para o atendimento do pleito, determinar a inserção de política pública no orçamento do ente político:

[...] Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômica financeira da pessoa estatal. [...] (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

Conforme se observa, quando em confronto orçamento público e direito fundamental, a Corte Superior tem entendido que não há óbices ao pronto atendimento da garantia pleiteada, sempre que o Estado quedar-se inerte em comprovar sua insuficiência de recursos.

Tratando estritamente da utilização da Reserva do Possível, como argumento da eventual inexistência de recursos públicos, vale mencionar recente precedente do STJ, o qual trouxe importantes esclarecimentos acerca da mencionada teoria, principalmente no que se refere à sua alegação retórica, tornando-se inclusive no Informativo nº 543 da Corte Superior. O referido julgado consignou que a suscitação da Reserva do Possível tem servido para que o Estado se exima de suas responsabilidades e que, não obstante a existência de limites financeiros, a teoria não pode ser empregada de qualquer modo:

[...] Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. [...] (REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014.)

Quando considerada suficiente a mera alegação da Reserva do Possível, repetida de maneira indiscriminada e carente de mínimo conteúdo probatório, abre-se margem para que o Estado sempre apresente como defesa a máxima de que os recursos são escassos. E isso, entra em confronto com a natureza fundamental do direito a saúde, que corresponde ao dever estatal de assegurá-lo, uma vez que está entrelaçado diretamente com o direito à vida.

O precedente em análise ressalta, ainda, a necessidade de se ter em conta os perigos ao importar preceitos oriundos de outros países, o que pode acarretar insegurança jurídica, quando de sua aplicação em contextos sociais notadamente diversos. Consigna que na Alemanha os cidadãos já possuem prestações que garantem condições razoáveis de existência

digna, ao passo que no Brasil tais garantias ainda não são minimamente asseguradas pelo Estado, *in verbis*:

[...] Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.[...] (REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014.)

Por fim, a Corte Superior deixa claro que “[...] somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir” e que, por isso, todas as vezes em que não houver a comprovação objetiva da incapacidade financeira doente político, o que ocorre na maioria dos casos, inexistirá impedimentos para que o Judiciário interfira no orçamento público e, por consequência, afaste sumariamente a Teoria da Reserva do Possível.

Com efeito, em que pese a possibilidade de o Estado ter seu argumento de ausência de recursos acolhido, desde que consubstanciado em provas legítimas de sua insuficiência financeira, o próprio STJ esclareceu que a falta de receitas que consigam prover integralmente as necessidades da população ocorre, em verdade, pela má gestão do administrador público que muitas vezes acaba por direcionar verbas para fins supérfluos, os quais contribuem para o esvaziamento dos cofres do Estado.

O que se tem, desta feita, é o direcionamento de recursos para áreas que não abrangem a realização de direitos fundamentais, a exemplo das despesas com festividades e propagandas do governo. Isso acaba por diminuir o quantitativo de recursos que poderiam ser empregados em políticas públicas e serviços voltados ao atendimento das necessidades básicas da população.

Quanto ao referido tema, destaca-se entendimento do Ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 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 preterir-los em suas escolhas. (STJ. REsp 1185474 / SC. Relator: Min. Humberto Martins. 2ª Turma).

O ministro consigna que a Reserva do Possível não pode ser aplicada em detrimento de direitos que não admitem a omissão do Estado, porquanto ao administrador público é vedado escolher se irá ou não concretizá-los. Ademais, têm-se presumida a existência de recursos públicos, quando estes são direcionados para áreas que não sejam àquelas que se prestam à assistência da saúde, educação e etc.

À vista do exposto, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que a mera invocação da Reserva do Possível não deve possibilitar a escusa de toda e qualquer omissão estatal, notadamente no campo dos direitos fundamentais à saúde e à vida. A Corte Superior defende, portanto, a inaplicabilidade da teoria germânica em ações que pretendem resguardar direitos constitucionalmente garantidos, nas quais não é razoável impor limitações financeiras.

5.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal tem se deparado com alegações estatais de que determinadas prestações não poderiam ser fornecidas em razão das limitações decorrentes da Reserva do Possível. Contudo, o Tribunal geralmente se posiciona pelo afastamento desse argumento, visto que este não pode justificar o descumprimento, pelo Estado, de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado consiste em prestações que envolvam a saúde do postulante. Esta postura pode ser verificada no seguinte trecho da decisão do Ministro Celso de Mello:

[...] A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma).

Ao que se denota, a Reserva do Possível encontra óbice no dever que o Estado possui de garantir um mínimo existencial, que se reflete em prestações materiais indispensáveis para todo ser humano ter uma vida digna. Sempre que se encontre diante de direitos indisponíveis e que estejam previstos constitucionalmente, não será possível que o Estado coloque

impedimentos econômicos para a sua efetivação, ao invés disso, caberá a este assegurar os meios necessários à plena fruição dos direitos sociais básicos.

Esse tem sido o entendimento construído pela mais alta corte brasileira, a de que direitos fundamentais não se submetem, de forma alguma, a limitações financeiras, porquanto consistem em prerrogativas inerentes à pessoa humana. Ademais, a finalidade última do Estado é a realização do bem comum, de maneira que cabe a este prover e aplicar os recursos financeiros, sempre buscando a satisfação das necessidades coletivas.

Não seria, portanto, juridicamente válido, entre as opções discricionárias conferidas ao administrador público, que se desse prioridade a interesses meramente financeiros, em detrimento do direito fundamental à saúde, ou seja, ao direito à vida. Ao passo que a falta de recursos públicos, em contraste com os correspondentes deveres do Estado, não pode, segundo o entendimento majoritário do STF, se prestar de escudo ao administrador com o fim de se eximir de suas responsabilidades.

[...] a reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. (INFORMATIVO 797 STF).

A eventual aceitação da Reserva do Possível se daria apenas em casos excepcionais, quando o ente federativo pudesse provar, de fato, os motivos que ensejaram a não aplicação de recursos na área em que é demandada a prestação material e, de igual modo, por que as escolhas do administrador não contemplaram políticas-governamentais satisfatórias.

Somente diante de circunstâncias esporádicas o argumento da carência de recursos poderia ser aceito pelos tribunais, visto que, como dito

repetidas vezes, não cabe ao Estado se eximir de conceder o que foi garantido ao cidadão na Constituição da República por conta de entraves financeiros e de gestão. A população contribui, cumprindo suas obrigações tributárias e sociais, de modo que não pode ser penalizada pela má gerência desses recursos ou por seus eventuais desvios que causam a fragilidade do sistema.

Outro ministro do STF, Edson Fachin, ao se manifestar acerca do tema, criticou severamente a utilização reiterada do argumento da Reserva do Possível pela Administração Pública, que o faz com o único propósito de se desobrigar da sua responsabilidade de afetar recursos para a área da saúde, por exemplo. Consignou, ademais, ser um tanto inusitado o fato de que nem mesmo o passar dos anos foi capaz de mudar a constante ausência de dotações orçamentárias no setor da saúde.

Colaciona-se abaixo o mencionado entendimento:

[...] É alegação repetitiva e enfadonha a matéria relativa à "reserva do possível", que, no Brasil, ganhou uma vertente orçamentária, isto é, sempre que a Administração Pública quer se eximir de suas obrigações argumenta não haver recursos em seus cofres. No entanto, é estranho que ano após ano o orçamento não seja dotado de recursos para saúde a fim de equacionar esse déficit com o cidadão. [...] (STF - ARE: 1069063 RJ - RIO DE JANEIRO 0142762-12.2015.8.19.0001, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/09/2017, Data de Publicação: DJe-214 21/09/2017).

A data do referido julgado demonstra o quanto ainda são suscitadas, em ações judiciais, defesas que atribuem à ausência de receitas os problemas decorrentes da ineficiência do Estado em prover o acesso a bens e serviços essenciais para toda a população. Como é cediço, o Estado utiliza-se de diversas formas para a arrecadação de verbas que permitam a consecução dos fins públicos a que se dispõe, entretanto, a gestão desordenada do orçamento induz à distribuição deficiente desses recursos.

Isso demonstra que a Reserva do Possível busca encobrir a ausência de uma operacionalização regular dos gastos públicos, uma vez que a administração pública não atua de forma rápida e eficiente na afetação dos

recursos, inviabilizando a finalidade para a qual estes foram destinados. Diante dessa conjuntura, os precedentes do STF têm indicado que as omissões estatais não se originam das verbas insuficientes, mas sim de um problema recorrente nos diversos setores da administração, a má gestão.

Dessarte, o atual entendimento da Suprema Corte compreende que a teoria germânica não pode ser acolhida, em virtude de as normas constitucionais disciplinadoras de direitos fundamentais exigirem seu atendimento em primeiro plano, destinando-se os recursos públicos prioritariamente a essas finalidades, restando incabível alegar falta de receitas quando outras finalidades não essenciais estão sendo custeadas em prejuízo das responsabilidades primeiras do Poder Público.

Ademais, diante dessa incumbência do ente estatal, todas as vezes que não o faz e alega, em sede judicial, ausência de recursos para fazê-lo, está assumindo o ônus de provar. E mais, está disposto a discutir o próprio orçamento público, sua elaboração, aplicação e demais características. Está, enfim, o poder público, obrigado a convencer o magistrado sobre o fato que alegou.

Considerações finais

O presente trabalho buscou demonstrar os riscos decorrentes da aplicação de uma teoria alemã em casos tão particulares, como os verificados nas ações judiciais por medicamentos no Brasil. A Reserva do Possível foi conformada em um país onde o mínimo para a existência digna da população se encontra garantido, porquanto há a plena realização dos ideais do Estado Social. Isso, todavia, não se verifica em terras brasileiras, onde o Estado-providência nunca chegou a ser alcançado, ainda que presente nas cartas políticas nacionais.

Para a compreensão do desenrolar histórico da Reserva do Possível tratou-se, inicialmente, acerca da decisão *numerus clausus*, por meio da qual surgiu a proposta de limitação daquilo que o cidadão poderia requerer dos Poderes Públicos e, até que ponto, estes estariam imiscuídos a atender a demanda. Conforme dito, na Alemanha o essencial à população já é satisfatoriamente assegurado, de maneira que o direito ao ingresso no ensino superior – objeto do julgado BVerfGE 33, 330 – ultrapassava o razoável a se exigir do Estado.

Nota-se que, no caso alemão, o objeto da demanda restringiu-se à obtenção de vaga em uma universidade. Paralelamente, no caso brasileiro, e no que atine especificamente ao direito fundamental à saúde, a maioria dos pedidos formulados judicialmente tem por objeto a obtenção de medicamentos, que em razão de expressa previsão constitucional constitui direito subjetivo vindicável, diferentemente do direito pleiteado na Corte Germânica.

Dessarte, as demandas judiciais por medicamentos têm se multiplicado no Brasil, seja por causa do não fornecimento gratuito, por parte da Administração Pública, ou mesmo pelo alto custo que alguns fármacos possuem, tornando inviável sua aquisição por aqueles que não detêm condições para tanto. O Poder Judiciário, nesse sentido, assumiu papel

fundamental ao garantir o acesso àqueles que necessitam de tratamento para as suas enfermidades.

Apesar das críticas direcionadas a esta atuação do Judiciário, é importante consignar que cabe tão somente a ele verificar a legalidade das constantes negativas do Poder Público em fornecer os medicamentos. Como esclarecido no presente estudo, todos os entes federativos possuem responsabilidade solidária em assegurar o acesso às prestações adequadas de saúde, ao passo que, não obstante a lei atribua funções diferentes para cada esfera de governo, todas, sem exceção, estão compelidas a garantir que as necessidades sanitárias da população sejam satisfeitas, nos termos dos artigos 23, 196 e 198, da Constituição da República.

Contudo, o efetivo atendimento desses direitos tem encontrado barreiras na reiterada alegação do Estado de insuficiência financeira, motivo pelo qual não teria meios de atender as demandas dos pacientes que precisam de determinado fármaco. O Poder Público vem, insistentemente, apontando, de forma genérica, as restrições orçamentárias, sem demonstrações objetivas para justificar o descumprimento de poderes-deveres legalmente atribuídos à Administração Pública.

Ressalte-se que a falta de recursos não consiste na causa principal para as omissões do Estado, visto que é recorrente o direcionamento de verbas vultosas para áreas que não exigem uma atenção especial ou que não são essenciais para a subsistência da população, a exemplo das propagandas governamentais, nas quais são dispensados, ano após ano, cada vez mais recursos públicos.

Diante disso, este trabalho relacionou os principais entraves à utilização da Teoria da Reserva do Possível, pelo Estado Brasileiro, consignando, primeiramente, a previsão dos direitos sociais nas constituições da Alemanha e do Brasil, onde estes possuem tratamento diverso, visto que nacionalmente tais direitos encontram-se elevados ao status de fundamentalidade, o que não ocorre no sistema jurídico germânico. Além disso, a Alemanha por se tratar de um dos países mais ricos da Europa,

possui um dos melhores sistemas públicos de saúde, enquanto que no Brasil os serviços nesta área são notoriamente precários.

Para mais, não obstante o administrador público possua certa discricionariedade no tratamento das alocações orçamentárias, sempre se encontrará adstrito ao que estabelece a lei e, em categoria superior, a Constituição. Assim, direitos previstos na Carta Magna não se submetem ao arbítrio do ordenador de despesas, que, por sua vez, deve continuamente visar a concreção máxima das prerrogativas fundamentais à população.

Contribui, ainda, para a refutação do emprego da Reserva do Possível, na seara dos medicamentos, a necessidade do controle orçamentário público, que pode ser realizado pelo Judiciário, quando este determina a inclusão de políticas públicas no plano orçamentário do ente federativo ou a afetação de verbas sem destinação específica para a consecução da prestação buscada judicialmente. Vale consignar que a referida atuação do Judiciário é plenamente legítima, pois, atuando dessa forma, estará verificando a legalidade da atuação administrativa.

Hodiernamente, milhões de reais são direcionados para gastos supérfluos do Estado, desde festividades até publicidade institucional, demonstrando que não faltam recursos, visto que estes não são poupados quando o assunto é autopromoção dos gestores públicos. O que se tem, em verdade, é uma distribuição inconsistente de verbas, onde setores que tratam de serviços essenciais são preteridos em face de projetos que não contribuirão, ainda que indiretamente, para o melhoramento nas condições sociais da população brasileira.

A teoria dos cofres limitados pode ser afastada também por intermédio da criação de créditos suplementares. Todas as vezes que se encontre diante da suposta ausência de recursos para a efetivação do direito reivindicado pelo cidadão, pode o Estado, com supedâneo no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 4.320/64 – a qual estabelece diretrizes gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos dos entes federativos – determinar através de decreto do executivo a abertura de créditos adicionais, que poderão subsidiar a aquisição de medicamentos, por exemplo.

Não obstante ainda existam decisões que indefiram o pleito do demandante, fundamentadas na Reserva do Possível, isto é, na incapacidade da Administração Pública de atender demandas que extrapolem a previsão orçamentária do ente federativo, o posicionamento majoritário esposado pelos tribunais superiores (STF e STJ) tem sido no sentido da viabilidade do fornecimento de medicamentos pelos entes estatais e, por consequência, o afastamento da teoria germânica.

Ante o exposto, o que tem prejudicado a concretização dos direitos fundamentais sociais, como os medicamentos, não é a falta de verbas, mas a opção do gestor público de não direcionar os recursos destinados às prestações relativas a esse direito, sendo a alegação de insuficiência orçamentária utilizada para justificar suas más escolhas, no que concerne à afetação de receitas, o que na realidade demonstra a ausência da tutela dos direitos.

O que se tem é a banalização da escassez de recursos, conduzindo “a equivocada concepção de que os direitos sociais apenas vinculam os poderes públicos diante das possibilidades econômicas” (LIMA JUNIOR, 2001, p. 111), porquanto, ainda que diante de restrições financeiras, subsistirá ao Poder Público o dever de atender às necessidades básicas da sociedade e, por conseguinte, afetar recursos para a realização das prestações essenciais ao seu usufruto.

Assim, para a efetivação de direitos humanos, nestes compreendidos os medicamentos indispensáveis ao tratamento do demandante, é o dever estatal de programar suas ações de acordo com as necessidades das pessoas, e não conforme bem entenderem os gestores públicos. O Estado tem o dever de planejar o orçamento para cumprir os comandos constitucionais. Logo, não será possível que o ente estatal argumente escassez de recursos, Reserva do Possível ou retórica equivalente, devendo demonstrar, de outro modo, porque não está elaborando, planejando e executando o orçamento público satisfatoriamente

Referências

- ALEMANHA, **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha** de 23 de maio de 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2017.
- _____, **BVerfGE 33, 330 – numerus clausus**. 18 de Julho de 1972. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bvo33303.html#Rn002>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.
- AUREA. **Você sabe o que é RENAME?**. Farmacêutico Digital. Disponível em: <<https://farmaceuticodigital.com/2016/04/voce-sabe-o-que-e-readonly.html>> Acesso em: 13 de outubro de 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro**. Id/496874, 1999. Brasília a. 36 n. 142. Abr./jun. 1999
- BATISTA, Cláudia Karina Ladeia; CALIL, Mário Lúcio Garcez. O direito fundamental de acesso a medicamentos e a função social da propriedade imaterial no
- Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, n. 1, p. 106-121, 2016.
- BRASIL - MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 3.916 de 30 de outubro de 1998. Dispõe sobre a **Política Nacional de Medicamentos**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 29 de novembro de 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.
- CASTRO, Emmanuelle Konzen. A teoria da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. **Revista de Direito**, v. 8, n. 1, p. 63-83, 2016.
- CHRISTOPOULOS, Basile G. C.. Orçamento e Efetivação dos Direitos Sociais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n. 19, Set./Out./Nov. 2009.
- COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto. **Polska I Brazylia: Democracia e Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Emergente**. Curitiba: Juruá, 2016.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009.
- D'AGOSTINO, Rosanne. **Dodge questiona no Supremo orçamento de R\$ 99 milhões para comunicação institucional do governo**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/dodge-questiona-no-stf-orcamento-de-r-99-milhoes-para-comunicacao-institucional-do-governo.ghtml>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.
- DA COSTA MOURA, Emerson Affonso; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos Fundamentais Sociais, Orçamento público e Reserva do Possível: O dever de progressividade nos gastos públicos. **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, p. 225-241, 2017.
- DANIEL, Juliana Maia. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas: O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. **Direitos Sociais no Brasil: Desafio e Mecanismos para a sua Concretização**. Curitiba: Juruá, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Método, 2014.
- DOS SANTOS, José Augusta Barbosa et al. Efetividade do direito à saúde e a prestação de medicamentos excepcionais pelo Sistema Único de Saúde - SUS. **Revista Intercâmbio**, v. 5, p. 23-38, 2015.
- FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. **Revista Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, p. 159-162, 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25 Ed. Porto Alegre: Atlas, 2016.

HIRABAHASI, Gabriel. Temer sanciona R\$ 7,5 bi em créditos; R\$ 100 mi são para publicidade. **Poder360**, 2017. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/temer-sanciona-r-75-bi-em-creditos-r-100-mi-sao-para-publicidade/>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

Justiça em números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 05 de setembro de 2017.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, política e consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LAZARI, Rafael de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**: A Pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. 2 Ed. - Revista e Atualizada. Juruá, 2016.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUPION, Bruno. **Quanto o governo gastou em propaganda para defender o corte de gastos do governo**. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/01/07/Quanto-o-governo-gastou-em-propaganda-para-defender-o-corte-de-gastos-do-governo>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2018.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Propaganda governamental, gastos públicos e democracia. **Revista Interesse Público**. Editora Fórum, ano 11, n. 54, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2017.

MEDEIROS, Alexsandro M. **Políticas Públicas de Saúde**. 2014. Disponível em: <<https://www.sabedoriapolitica.com.br/ci%C3%Aancia-politica/politicas-publicas/saude/>> Acesso em: 24 de novembro de 2017.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à Saúde e Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos Fundamentais Sociais, Orçamento Público e Reserva do Possível: O dever de progressividade nos gastos públicos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 225-241, Jan./Abr. 2017.

MPF. **Estado é obrigado a fornecer medicamentos não previstos na lista do SUS, mas deve priorizar hipossuficientes, defende MPF**. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/to/sala-de-imprensa/noticias-to/estado-e-obrigado-a-fornecer-medicamentos-nao-previstos-na-lista-do-sus-mas-deve-priorizar-hipossuficientes-defende-mpf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2017.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. **Direito Fundamental à Saúde, Ativismo Judicial e os Impactos no Orçamento Público**. Curitiba: Juruá, 2015.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. 2009. 277 f. 2009. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado)–Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do Possível e a Força Dirigente dos Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2016.

PORTELA, Alyne da Silva et al. Políticas públicas de medicamentos: trajetória e desafios. **Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada**, v. 31, n. 1, p. 9-14, 2010.

RAMINELLI, F. P.; OLIVEIRA, Rafael Santos de. **O acesso ao medicamento como direito fundamental ao cidadão hipossuficiente**. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, 2012, Uberlândia, MG. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, 2012. v. 21. p. 10179-10208.

SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana:** o desafio das políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millennium Editora, 2006.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **Saúde & Judiciário - A Atuação Judicial - Limites, Excessos e Remédios.** Curitiba: Juruá, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 Ed. revista atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHULZE, Clenio Jair. **Novos números sobre a judicialização da saúde.** In Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>>. Acesso em: 18 de setembro 2017.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1185474 SC. Relator: Ministro Humberto Martins. 2ª Turma. DJ: em 20 abril 2010. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2018.

YAMAUTI, Sueli Miyuki et al. Essencialidade e racionalidade da relação nacional de medicamentos essenciais do Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, n. 3, p. 975-986, 2017.

ZANETI JR, Hermes. **A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional:** funções de governo e funções de garantia. In GRINOVER & WATANABE. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org