

RECEBIDO EM: 25/01/2017

APROVADO EM: 16/03/2017

# **POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERFERÊNCIA JUDICIAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTO E TRATAMENTO DE ALTO CUSTO**

***PUBLIC POLICIES AND JUDICIAL INTERFERENCE: HIGH-COST  
MEDICINE AND TREATMENT CHALLENGES AND PERSPECTIVES  
TO CONCESSIONS***

*Teófilo Marcelo Arêa de Leão Júnior*

*Centro Universitário Eurípides de Marília-SP - UNIVEM . Pós-Doutor pela  
Universidade de Coimbra. Doutor pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de  
Bauru. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC . Advogado*

*Renan Cauê Miranda Pugliesi*

*Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Direito pelo  
Centro de Ciência Sociais aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná  
-UENP; Advogado*

*Rogério Cangussu Dantas Cachichi*

*Especialista em Direito pela PUC/SP e graduado em Filosofia pela UEL. Juiz  
Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Políticas Públicas e Orçamento; 2 A Intervenção do Judiciário; 3 A Reserva do Possível; 4 Análise de Caso: A Evolução dos Paradigmas Acerca da Reserva do Possível; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Muito se tem discutido no Brasil acerca da alocação de recursos públicos na concretização de direitos fundamentais por decisão do Poder Judiciário. Inúmeras dificuldades e desafios colocam à prova a prestação jurisdicional que se pretenda acessível, rápida e efetiva, mas que deve ser limitada por padrões assim constitucionais como fáticos. O texto propõe a metódica reflexão sobre o amplo tema das políticas públicas como instrumento de concretização de direitos fundamentais, cujo custo de implementação encontra limites orçamentários. É nesse âmbito que o texto dedica atenção ao problema da interferência judicial no ditar tais políticas. A discussão, então, prossegue na direção do princípio da reserva do possível, do qual o significado, retomando a partir da origem no Tribunal Constitucional Alemão, é explicitado sob as luzes da proporcionalidade. Outrossim, o texto ilustra o debate a partir de votos proferidos no Supremo Tribunal Federal em lides de fornecimento de medicamento e tratamento de alto custo. Os resultados apurados são animadores sob a perspectiva jurídico-argumentativa, apresentando possibilidades para densificação da argumentação jurídica, sobretudo em casos difíceis; mas ao mesmo tempo desalentador sob o prisma da dificuldade na concretização mesmo de mínimos direitos próprios da dignidade humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política Pública. Judicialização. Limites. Reserva do Possível. Medicamento. Precedentes.

**ABSTRACT:** Much has been discussed in Brazil about the allocation of public resources towards assuring fundamental rights through the judiciary. Countless difficulties and challenges test the judicial assistance that was supposed to be accessible, fast and effective, but must be limited as factual due to constitutional restraints. This paper proposes a methodical reflection on the broad topic of public policies as an instrument for assuring fundamental rights - the implementation of which finds budgetary limits. It is within this context that this paper devotes its attention to the problem of judicial interference in dictating such policies. The discussion then proceeds towards the principle of the reservation of the possible, which has its meaning, returning to the origins from the German Constitutional Court, explained in light of proportionality. Again, the paper illustrates the debate from the votes cast

in the Supreme Court when it comes to the supply of high-cost medicine and treatment. The calculated results are encouraging from a legal and argumentative standpoint, presenting possibilities for the densification of the legal argument, especially in difficult cases; but are, at the same time, disappointing due to the difficulty in achieving even minimal rights of human dignity.

**KEYWORDS:** Public Policy. Judicialization. Limits. Reserve of Possible. Medicine. Precedents.

## INTRODUÇÃO

Notadamente no mundo globalizado, desafiadores têm sido os obstáculos para implementação efetiva de direitos humanos sociais quer no plano internacional, quer no plano nacional.

Desde a Declaração de 1948, há algum consenso no sentido de que a “responsabilização do Estado por violação de direitos sociais em sentido amplo *encontra-se em descompasso* com a consagração da indivisibilidade dos direitos humanos”<sup>1</sup>.

Fraser<sup>2</sup>, a propósito, caracterizando a globalização com um grande processo de não poucas mudanças, demarcou sérios problemas para uma justiça social no mundo globalizado. Entre eles, o que Fraser chamou de “problema da substituição”, consistente na crescente importância das demandas por reconhecimento com conseqüente enfraquecimento das lutas por uma justiça distributiva, em especial contra a pobreza, a exploração, a desigualdade e os diferenciais de classe.

No plano interno, notadamente brasileiro, demandas distributivas têm sofrido grandes entraves políticos e econômicos para efetivação, restando a alternativa judicial como polêmica via na consecução de direitos sociais. A questão fica tormentosa no panorama da interferência da Justiça brasileira na questão do direito à saúde no particular do fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo. Esse o nó górdio que, doravante, pretende-se tangenciar.

---

1 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional dos direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 331.

2 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: 2002, CES. p. 11.

Nesse desiderato, o texto principia tratando das políticas públicas em geral e do orçamento. Avulta em importância o desenvolvimento de algumas ideias e noções nesse campo justamente pela necessária compreensão da atividade de concepção, planejamento, execução e fiscalização tendente à concretização de direitos fundamentais. Vencida essa etapa, o texto discute a questão da intervenção do Judiciário nessa seara. O tema é feraz em controvérsias. Alguns admitem-na; outros não. Há dificuldades variadas especialmente quanto aos limites dessa atuação, entre eles o princípio da reserva do possível, que é tratado na sequência. De efeito, a partir da origem alemã, investiga-se o (re)significado da reserva do possível, especialmente em relação ao princípio da proporcionalidade. Depois, porque a presente pesquisa volta-se essencialmente para a realidade social brasileira, tomam-se dois julgados do Supremo Tribunal Federal, a saber, Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718. Nesse ponto, cinco elementos que estiveram sob o crivo do STF serão examinados. Ao término do texto, sem pretensão de exaurir o assunto, algumas observações e também perspectivas são consignadas a título de conclusão.

Impõe-se a garantia dos direitos sociais fundantes e intensificação de sua força para exigir prioridades e cumprimentos céleres e imediatos. Entrementes, no plano pragmático, ainda que criadas essas políticas, paralisam-se ou interrompem-se diante da ausência de programação e planejamento, tanto econômico quanto técnico.

A metodologia utilizada baseou-se na utilização do método dedutivo, pois foram delimitados alguns conceitos acerca de políticas públicas, orçamento e reserva do possível, para então analisar julgados do Supremo Tribunal Federal a fim de buscar respostas acerca da problemática do presente trabalho. Como técnicas de pesquisas, foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica indireta – através da coleta de dados na doutrina e demais obras científicas –, bem como a análise jurisprudencial, dando tons de concretude ao tema abordado.

## **1 POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO**

Antes de mais nada, cumpre reconhecer que o tratamento dispensado às políticas públicas tem ligação direta com a evolução do Estado na história, mais especificamente em relação à forma de participação e intervenção na sociedade. No surgimento do Estado Liberal, muitos movimentos estavam em ebulição, o que acabou por definir o viés liberal dos Estados da época em razão da busca pela efetivação dos direitos de liberdade.

A passagem para o Estado Social, no final do século XIX e limiar século XX, trouxe à baila muitos dos direitos a prestações, ditos direitos positivos. O Estado abandona a posição abstencionista, passando a buscar efetivação de algumas garantias sociais mínimas como o direito à saúde, pano de fundo dessa pesquisa.

O Brasil é, atualmente, um Estado Democrático e Social de Direito. Essa forma estatal surge como pressuposto para a viabilização e efetivação dos direitos de primeira e segunda dimensão. Com isso, passa-se a se falar amiúde em *políticas públicas*.

A propósito, Santin<sup>3</sup> apresenta inolvidáveis elementos característicos das políticas públicas, entre eles a consecução de normas legais e constitucionais por intermédio da execução de serviços públicos, ideia que bem se amolda à política pública como instrumento de concepção, planejamento, execução e fiscalização de serviços voltados à concretização de direitos fundamentais. Assim, no cumprimento de sua missão, o Estado presta inúmeros serviços públicos, essenciais e não essenciais, com ou sem relevância pública. Todavia, em todas as atividades, faz-se mister o que o autor em comento chamou de “rota de atuação estatal”, demarcada, expressa ou implicitamente, pelas políticas públicas.

Nessa toada, políticas públicas são instrumentos de governo desde a definição até a fiscalização da concretização dos direitos fundamentais. Vale anotar que não se trata de apenas prestação de serviços públicos, mas também de coordenação e fiscalização de agentes públicos e privados, como destaca Cidade<sup>4</sup>. Com efeito, constituem amplos programas de muitas fases ou etapas: definição, planejamento, execução e fiscalização, envolvendo, principalmente, o planejamento orçamentário para o investimento em determinadas áreas e políticas públicas específicas.

De fato, todo gasto realizado pelo Estado deve ser objeto de controle; afinal, o custo é suportado por toda a sociedade. Diante disso, políticas públicas necessariamente submetem-se a previsões orçamentárias, cabendo ao orçamento público, no âmbito do Estado Social e Democrático de

3 SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime*. São Paulo: RT, 2004, p. 34-35.

4 CIDADE, Roberto Berttoni. *Reserva do Possível: limite máximo do status positivo da atual concretização dos direitos fundamentais sociais brasileiros*. Marília: Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, 2016. 180 p. (Mestrado em Direito), p. 109.

Direito, veicular e manejar recursos em prol da concretização de direitos fundamentais por meio das políticas públicas<sup>5</sup>.

Cabe acentuar a relação entre políticas públicas e orçamento público. Eis as denominadas leis orçamentárias: Lei do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), todas com previsão constitucional. Nessa relação dialética, o orçamento público dará o tom da política pública, pois só poderá ser concretizada na medida que se disponha de recursos para fazer frente aos custos decorrentes<sup>6</sup>.

Estando o administrador vinculado ao princípio da legalidade da despesa pública, nada pode ele fazer sem a devida autorização orçamentária, máxime assumir despesas; e isso sob pena de crime de responsabilidade, conforme artigo 85, inciso VI, da Constituição Federal: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] VI - a lei orçamentária”. A mesma Constituição, sobremais, veda expressamente “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais” (CF, art. 167, II). Conforme preleciona Leite<sup>7</sup>, na constituição do orçamento público, impõe-se respeito ao princípio do equilíbrio orçamentário:

Embora não expresse, é um princípio que norteia toda a Administração, mormente após a LRF, uma vez que se tornou regra elabora um orçamento equilibrado, ainda que haja necessidade de ser contrair empréstimos, desde que acompanhado da concomitante capacidade de pagamento. Por esse princípio *busca-se assegurar que as despesas autorizadas na lei orçamentária não sejam superiores à previsão das receitas* (grifo do autor).

Afora isso, além do princípio da legalidade da despesa pública, existem limites constitucionais na elaboração do orçamento. Há outrossim limites na obtenção de receita como os princípios tributários (CF, art. 150); e também existem limitações constitucionais nas despesas, valendo

---

5 MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016. p. 3.

6 *Ibidem*, p. 3-4.

7 LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Juspodivm, 2015, p. 72.

mencionar, a título de ilustração, despesas obrigatórias com ensino e saúde. Até mesmo o regime de precatório caracteriza-se limitação da despesa<sup>8</sup>.

Como se pressente, é evidente, como bem frisou Cidade<sup>9</sup>, que da parte do constituinte houve grande preocupação e cautela com a viabilidade econômica de direitos fundamentais.

O enfoque no orçamento existe em razão da escassez de recursos, cuja gestão deve ser apropriada para que possam servir ao seu propósito da melhor forma possível. Diante disso, sempre será preciso ter a consciência de que os direitos têm um custo, não sendo possível desconsiderar as questões financeiras na análise da sua viabilidade e eficácia.

À guisa de um necessário detalhamento, Leite<sup>10</sup> explica que o equilíbrio não significa, em verdade, que não se possam fazer gastos maiores que a receita, senão que esses poderão ser feitos desde que os empréstimos e investimentos realizados demonstrem capacidade para o pagamento da dívida, amortização e juros, de acordo com a situação particular de cada Estado.

A despeito disso, pode-se notar que o maior ou menor custo dos direitos parece estar intimamente ligado à sua natureza. Nesse sentido, embora todos os direitos, quaisquer que sejam, tenham um custo, os direitos sociais prestacionais, na condição de vocacionados à destinação, distribuição, redistribuição ou criação de bens materiais, comportam uma dimensão econômica mais relevante<sup>11</sup>. Resta claro, assim, que os direitos positivos, por envolverem uma participação mais ativa do Estado, implicam normalmente maior dispêndio e desfalque financeiro que os direitos negativos.

Contudo, não há como negar que todo direito fundamental, independentemente de sua natureza predominante, gera um custo<sup>12</sup>. Nesse contexto, interessantes as ponderações de Cidade<sup>13</sup> sobre a problematização suscitada por Cass Sunstein e Stephen Holmes quanto aos encargos

8 CIDADE, op. cit., p. 140.

9 Ibidem, p. 136.

10 LEITE, op. cit., p. 73.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 285.

12 Ibidem, p. 285.

13 CIDADE, op. cit., p. 120.

assumidos pelo Estado ao longo do tempo: a própria existência do Estado e a manutenção do ordenamento e das garantias de não intervenção geram gastos que não podem ser olvidados, pois “[...] todo direito é concebido como um mínimo de caráter prestacional, incluindo-se os direitos ‘de liberdades’, ou de defesa, pois, também reclamam a realização de despesas públicas para seu exercício”<sup>14</sup>.

Nesse sentido, políticas públicas sempre envolverão gastos consideráveis, até porque hão de ter amplitude suficiente para abarcar situações de grande relevância. Assim, por expressa designação constitucional, caberá ao gestor público, em especial aquele dotado de mandato eletivo, decidir como se dará a aplicação dos recursos disponíveis, seja através da elaboração de leis que regulam o orçamento público, seja por meio de decisões políticas que pretendam atender a população da melhor forma possível (princípio da eficiência). Ocorre que, nalgumas vezes, quer por omissão, quer por equívocos na política pública deliberada, o Judiciário é chamado a intervir, o que tem gerado grandes discussões.

## 2 A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

Retomando o raciocínio, na senda do até aqui exposto, uma política pública bem planejada não escapa da devida alocação de recursos orçamentários. Nessa vereda, há que se atentar para a defesa da doutrina especializada no tocante ao princípio da programação. Cumpre ao orçamento público as macroalocações, isto é, a cobertura de atendimento geral, não individualizada. Nesse contexto, a ideia de programação como planejamento de ações gira em torno do nexos que deve existir entre os objetivos constitucionais e aqueles estipulados pelos governantes, sempre com a observância das prescrições constitucionais e legais<sup>15</sup>.

Contudo, incomum não é que determinadas políticas públicas, necessárias e imperiosas à dignidade humana, deixem de ser implementadas, ficando somente no plano das ideias, carecendo da ação concretizadora dos detentores do poder. Assim, para suprir essa omissão, aparece o Judiciário, com função integradora, a fim de garantir a execução daquilo que foi previsto, mas não executado no plano fático. Daí que, desfiando o

14 Ibidem, p. 120. Posicionando-se da mesma forma: A garantia e proteção de todos os direitos individuais, por óbvio, necessitam de recursos para que sejam efetivadas. Veja-se a atuação das polícias, do corpo de bombeiros e do próprio Poder Judiciário; a realização de eleições e todas as atividades administrativas de controle e fiscalização. Todos os direitos demandam custos para sua efetivação; os direitos de defesa, indiretamente; e os direitos sociais, diretamente (MÂNICA, op. cit., p. 8).

15 LEITE, op. cit., p. 72.

princípio acima mencionado, plasma-se no prosclênio atual a implementação de verdadeiros programas pela função judicante.

O campo é vasto para a discussão até mesmo porque as formas de intervenção, quando se trata de políticas públicas, são variáveis, podendo caracterizar-se ora apenas como efetivadoras de políticas públicas já criadas, ora como fontes criadoras de políticas públicas.

Apesar do panorama atual de divergência não só doutrinária, como jurisprudencial, existem aqueles que não admitem a intervenção judicial em decisões políticas, notadamente de políticas públicas, considerando que se trata de uma atividade discricionária do gestor público (legislador ou administrador); há, por outro lado, aqueles que a admitem, focando energias na questão dos limites de tal intervenção judicial.

Não obstante, a despeito de ambos os entendimentos, o fato é que as interferências têm ocorrido, em maior ou menor grau. É inegável ascensão do Poder Judiciário dentro da estrutura estatal. Há alguns anos que a função julgadora tem se apresentado como protagonista perante a sociedade, muito em virtude das omissões das demais funções que, diante de questões mais delicadas, acabam deixando de atuar, visando a autopreservação quase instintiva daqueles que lutam pelo voto popular periódico. Sobre o tema, informa a doutrina:

[...] o protagonismo dos tribunais nos tempos mais recentes, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, parece assentar num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fração infinitesimal do trabalho judiciário é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para, pelo contrário, parecer corresponder a um novo padrão do intervencionismo judiciário<sup>16</sup>.

Esse novo paradigma que simboliza a atuação do Judiciário está ganhando espaço na vida jurídica e política da sociedade. Transforma

16 SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais*, nº 65, novembro de 1995. Coimbra: Oficina do CES: 1995. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2016. p. 2-3.

algumas definições e ultrapassa outras barreiras impostas pelo próprio ordenamento jurídico, no intuito de superar limites em prol de direitos fundamentais, que, a despeito de terem sido previstos pelo ordenamento inclusive pela Constituição Federal, não têm alcançado a eficácia social que deles se espera.

Seus obstáculos, aparentemente intransponíveis, devem ser trazidos, discutidos e não de ser formuladas propostas, a fim de superá-los a curto ou médio prazo, com continuidade, como aqueles que o código econômico do “ter ou não ter” invade o código social ou pessoal do “ser ou não ser”. Quem se propõe a essa tarefa – em especial juristas, formadores de opinião –, não pode deixar de lado a busca de alternativas para que esses direitos venham à tona, com o escopo de relacioná-los e indicá-los para serem implementados pela autoridade ou pela sociedade, é dizer, por quem possa ou tenha o dever de efetivá-los com a conjugação de esforços de técnicos de áreas diversas de conhecimento.

O código econômico do “ter ou não ter” influencia o pessoal do “ser ou não ser”, da mesma forma que numa economia doméstica, com pouco dinheiro, o responsável da casa deve valer-se de sua inteligência e *expertise* para manutenção do lar, mesmo que nas condições mínimas para a subsistência da família. Da mesma forma, como ensina Bucci<sup>17</sup>, no plano social a vida democrática depende do custeio não só da infraestrutura, mas também de tudo o quanto for relacionado com as “tarefas civilizatórias” e da otimização da atividade produtiva.

Mesmo assim, o panorama atual é de rediscussão do papel do Poder Judiciário no Brasil, principalmente em relação à vida política do Estado. É o que se depreende da leitura do trecho a seguir exposto:

O plano da justificação política lida, substancialmente, com a questão da separação de poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais, é no seu âmbito que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se desenvolve, entre o processo político majoritário – feito de eleições, debate público, Congresso, Chefes do Executivo – e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes – e.g., na declaração de inconstitucionalidade – como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação

---

17 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26.

constitucional ou da integração das omissões constitucionais. É nesse ambiente que se colocam discussões como ativismo judicial e autocontenção, supremacia judicial, supremacia legislativa e populismo constitucional, dificuldade contramajoritária e soberania popular<sup>18</sup>.

Na linha dessa discussão, surge a ideia de judicialização da política, que, na perspectiva de Loewenstein (1986), citado por Machado<sup>19</sup>, seria aquela decisão arbitral sobre uma lide, presente em algumas ordens jurídicas, com base no exercício de funções atribuídas, originariamente, ao Legislativo e Executivo.

Diante da temática, Machado<sup>20</sup> apresenta a ideia de Garapon (2001), segundo o qual juízes - por conta da ineficácia da função legislativa e do Governo; e enquanto guardiões das promessas democráticas - devem promover a eficácia das normas constitucionais. Após, cita Cappelletti (1999), que justifica uma maior intervenção do Judiciário em razão do descrédito da população frente aos outros Poderes e porque os valores e prioridades dos políticos que integram as instituições políticas por excelência são locais, corporativos ou em grupo.

No entanto, Machado<sup>21</sup> discorda dos autores que citou, pois acredita que faltaria ao tribunal duas condições essenciais para ser tido como executor das promessas democráticas: condições materiais para a sua realização e total falta de responsabilidade política. Considera, assim, perigoso o entendimento que permite a ampla intervenção judicial nas políticas públicas com objetivo de substituí-las.

Destarte, referido autor defende que o Judiciário possa controlar os outros Poderes, de acordo com os preceitos constitucionais e seus limites, porém não pode suprimir ou usurpar suas funções, realizando decisões de forma política, tampouco suprimindo a opção daqueles constitucionalmente competentes para tanto, detentores da legitimidade democrática atribuída através do voto popular. Há limites, pois, para a atuação do Judiciário nesse campo<sup>22</sup>.

18 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 306.

19 MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letra Jurídicas, 2011. p. 126.

20 *Ibidem*, p. 124-125.

21 *Ibidem*, p. 125.

22 *Ibidem*, p. 128-131.

De molde, para melhor compreensão do assunto, vem bem a calhar a ideia de Estado Constitucional em oposição ao tradicional Estado de Direito do século XIX, propalada por Zagrebelsky<sup>23</sup>. O Estado Constitucional vem como resposta para alterações políticas e sociais. Não apenas a lei, mas também toda a atividade governamental passa a submeter-se a uma relação de adequação e de subordinação com a Constituição. Se antes no Estado de Direito estava-se nos quadrantes de um direito homogêneo - de código, codificado, como Código Napoleônico -, agora no Estado Constitucional toda essa legislação homogênea passa a se submeter a uma constituição aberta com vários fatores e valores, muitas vezes contraditórios entre si.

Destarte, como bem averbou Alexy<sup>24</sup>, a questão não é *se*, mas quais os *limites* da atuação do Judiciário:

O ponto de partida é a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas alto que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. Isso significa que não está em discussão *se* o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é a sua *extensão*.

Valle<sup>25</sup>, por seu turno, reconhece que o cenário brasileiro está propício para uma atuação do Poder Judiciário que supere tradicionais esquemas de separação dos poderes. Para o autor, o modelo de Estado vigente é insuficiente em vários aspectos, quer na produção, quer na aplicação da

23 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, passim.

24 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 546.

25 VALLE, Vanice Regina Lúrio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 25.

norma jurídica, quer na garantia de interação social, de modo que incumbiu ao Judiciário, na condição de destinatário das demandas individuais, coletivas e institucionais, a busca de novas alternativas.

Até mesmo a alteração dos fins buscados pelo Estado traz alterações na forma de atuar do Judiciário. De fato, um modelo de atuação muito mais solidário, garantidor de direitos, dá ensejo a que omissões e descaso dos outros Poderes tornem-se bem mais aparentes, culminando com maior ingerência do Judiciário em questões políticas. Um rol amplo de direitos e garantias fundamentais, associado à atribuição da jurisdição constitucional e a um corpo de julgadores amparados por garantias institucionais, dá substrato suficiente a uma judicialização mais intensa da política e da vida, o que dá margem à atuação proativa do Judiciário<sup>26</sup>.

Não há dúvida que o magistrado deve estar atento ao impacto sócio econômico de suas decisões, porquanto deve o juiz, racionalmente em seu *decisum*, ponderar segundo a clássica lógica de raciocínio, a reconhecer que os recursos são limitados/escassos e as necessidades humanas são ilimitadas.

Os recursos orçamentários e financeiros são limites à execução dos direitos sociais?

A ausência de numerários ou previsão orçamentária até podem ser limitadores, mas não podemos aceitá-los como limites absolutos. Os limites, no mais das vezes são relativos, a ser tratado em outro ensaio.

Utopia seria encarar a falta de recursos e previsão orçamentária para aquele que necessita comer, ser remediado ou ter condições mínimas de sanidade e aparelhamento social.

Em síntese, o panorama da evolução acerca da intervenção judicial passou do entendimento inicial no sentido de que, programáticas que são as normas constitucionais de direito social, não era dado ao Judiciário intervir; tal posicionamento era reforçado pelos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Após, num movimento em busca da efetivação da Constituição, veio a segunda fase, em que se perseguiu a concretização radical desses direitos constitucionais, de modo que passaram eles a ter absoluta prevalência, não podendo o Estado deixar de concretizá-los. No entanto, por uma questão orçamentária, ou seja, porque os recursos são escassos e as necessidades são ilimitadas, passou-se

---

26 VALLE, op. cit., p. 26.

a ter um grande problema prático de orçamento: faltava dinheiro para que fosse possível que o Estado cumprisse com todas as suas obrigações, de tal arte que sensível relevância prática passou a ter a discussão acerca do *princípio da reserva do possível*. Cumpre, assim, investigá-lo mais de perto.

### 3 A RESERVA DO POSSÍVEL

Por todos conhecida, a reserva do possível nasceu de um julgamento conhecido como *numerus clausus* levado a efeito no Tribunal Constitucional da Alemanha. Lazari<sup>27</sup> nos guia no esclarecimento dessa origem:

A reserva do possível (“*Der Vorbehalt des Möglichen*”) foi apresentada ao mundo pela primeira vez aos 18 de julho de 1972, via controle concreto de constitucionalidade, no BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), oriundo do Tribunal Constitucional Federal alemão, em resolução a dois problemas apresentados pelos tribunais administrativos de *Hamburg* e da *Baviera*, cujos objetos eram a admissão para medicina humana nas universidades de *Hamburg* e da *Baviera*, nos anos de 1969 e 1970 (grifo do autor).

A bem da verdade, o princípio da reserva do possível foi interpretado não como limitação orçamentária à concretização de prestações em sentido estrito, mas ao princípio da razoabilidade no pleito de direitos. A própria Corte Constitucional Federal da Alemanha, narra Sarlet<sup>28</sup>, corroborou a posição segundo a qual não há direito de se exigir o irrazoável, de modo que, mesmo não havendo entraves financeiros, não é o Estado obrigado a atender demandas pessoais despidas de razoabilidade.

Nessa trilha, o indivíduo fará jus a prestações desamparadas de razoabilidade. Com a limitação de recursos, não se pode esperar que seja atendida certa pretensão que se consubstancie não em direito, mas em verdadeiro *privilégio*. “Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento”<sup>29</sup>.

---

27 LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 73.

28 SARLET, op. cit., p. 287.

29 Ibidem, p. 287.

Mânica<sup>30</sup>, comentando o referido julgado da Corte Constitucional Federal da Alemanha, destacou o entendimento do referido tribunal, o qual entendeu que o pleito de aumento de vagas na universidade deveria submeter-se ao que se pode esperar razoavelmente da sociedade, cedendo em prol da reserva do possível.

Ocorre que, ao importar essa teoria para o Brasil, o princípio da reserva do possível ganhou nova conotação, sendo considerado, na verdade, como princípio “da reserva do financeiramente possível”, situando-se, portanto, nas dobras de um “estudo da viabilidade da realização do direito frente à *disponibilidade orçamentária*, um dado da realidade, um elemento do mundo dos fatos, que pode reduzir ou até eliminar o acesso a um dado direito fundamental social” (grifo do autor)<sup>31</sup>.

A propósito, Cidade<sup>32</sup> foi ao cerne da questão: o acolhimento ou não da reserva do possível pode causar severo impacto orçamentário. São, pois, pontos indissociáveis na análise dos casos submetidos ao Judiciário.

É claro que, em tema de direitos a prestações materiais, o problema do custo assume grande relevância em termos de eficácia jurídica e efetivação perante a sociedade. No entanto, a doutrina vem tentando quebrar esse paradigma de estrita vinculação da reserva do possível a questões exclusivamente orçamentárias, conforme se observa:

[...] há que se 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. Todos os aspectos referidos guardam

30 MÂNICA, op. cit., p. 11.

31 PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; STRESSER, Dirceu. COSTA, Ilton Garcia da. Da bioética ao biodireito: a judicialização de políticas públicas de saúde. In: SIQUEIRA, Antônio Benedito de (Coord.). *Contemporaneidades*. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 26.

32 CIDADE, op. cit., p. 135.

vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um enquadramento sistemático e constitucional adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional<sup>33</sup>.

Ainda, evidenciando a busca por essa nova concepção de reserva do possível, Sarlet<sup>34</sup> expõe que esta pode, à evidência, ser vista sob o prisma da limitação jurídica e fática de direitos, mas não somente nessa perspectiva. Para o autor, a reserva do possível, tomada em toda sua complexidade, pode informar decisões em caso de conflito entre direitos fundamentais, notadamente quando, observada a garantia do mínimo existencial, não houver recursos para salvaguardar todos os direitos em conflito, cumprindo a proporcionalidade papel importantíssimo na decisão de qual direito logrará primazia na situação concreta.

É de se notar que não só a doutrina tem buscado a modificação dos paradigmas, podendo-se observar certa evolução também na jurisprudência. Isso porque, segundo o Supremo Tribunal Federal, a alegação da reserva do possível no processo como causa de escusa para que o direito seja implementado - e ainda que esta seja entendida como reserva do financeiramente possível -, deve ser comprovada nos autos, ou seja, deve o Estado comprovar a ausência de recursos (exaustão orçamentária). Nesse sentido:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>35</sup>.

Dito isso, segundo Mânica<sup>36</sup>, a teoria da reserva do possível deveria ser considerada como aplicação do princípio da razoabilidade na demanda pelo direito fundamental junto ao Judiciário, o que implicaria o retorno

---

33 SARLET, op. cit., p. 288.

34 Ibidem, p. 288.

35 STF, ADPF 45 – DF. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004, publicado em 04/05/2004.

36 MÂNICA, op. cit., p. 13.

à significação originária da teoria da reserva do possível na Alemanha. O efeito prático disso é que os casos seriam decididos pelo Judiciário a partir da ponderação de bens, que tem base no princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Nesses casos, então, a situação seria definida pela ponderação entre o impacto econômico da concretização desse direito, de um lado; e, de outro, a busca pela implementação do direito fundamental, sendo que nenhum dos dois seria absoluto. Segundo Mânica<sup>37</sup>, a aplicação de toda a complexidade da reserva do possível é incompatível com a admissão da existência de direitos absolutos, isso valendo tanto para a inexistência de direitos fundamentais absolutos, como também para a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da discricionariedade do gestor público.

Ao final, observa-se perceptível uma transição do significado da “reserva do financeiramente possível” para um posicionamento voltado para a técnica de ponderação lastreada na proporcionalidade e razoabilidade. Outrossim, é de se atentar para o que parece ser um passo adiante na teoria da reserva do possível em âmbito nacional, nos termos do julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718. É o que se verá a seguir.

#### **4 ANÁLISE DE CASO: A EVOLUÇÃO DOS PARADIGMAS ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Antes da análise do respectivo julgamento conjunto de ambos os recursos supramencionados, é preciso ressaltar alguns pontos. De largada, não se pode olvidar que, quando se fala em direitos a prestações e reserva do possível, é quase inevitável pensar-se no direito à saúde. Tal direito, com dimensão amplamente prestacional, tem sido objeto de intenso debate na doutrina e na jurisprudência há muito tempo, não só pela importância – havendo íntima ligação entre sua garantia e a concretização do direito à vida –, mas pela indefinição dos seus limites, ensejando rotineiro confronto com preceito da reserva do possível.

Como lembra Sarlet<sup>38</sup>, o poder público argumenta habitualmente, “além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada”, acerca da “ausência de recursos e da incompetência

<sup>37</sup> MÂNICA, op. cit., p. 15.

<sup>38</sup> SARLET, op. cit., p. 328.

dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos”.

A fim de combater tal argumentação, o referido autor traça uma relação entre os direitos à saúde, à vida e à vedação da pena de morte. Muitas vezes, negar o direito à saúde – em sua visão – implicaria admitir a pena de morte a alguém cujo crime seria tão-somente não deter condições financeiras para arcar com o custo dos recursos necessários para o atendimento que lhe garanta o direito à vida<sup>39</sup>. O exagero na comparação, reconhecido pelo próprio Sarlet, justifica-se para chamar a atenção para a importância intrínseca da proteção da vida humana como exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que se pretenda justo.

A jurisprudência acerca do direito à saúde há muito vem enfrentando casos difíceis. Mencione-se, por oportuno, os posicionamentos adotados em paradigmáticos julgamentos, como do STA 175 CE<sup>40</sup>, que consagrou o entendimento de responsabilidade solidária entre os entes da federação e a necessidade de comprovação pelo poder público da desproporcional afetação do SUS pela concessão da medida, dentre outros pontos.

De qualquer forma, não obstante isso, parece haver a gênese de uma nova jurisprudência em formação. Conforme noticiado pelo *site* do Supremo Tribunal Federal<sup>41</sup>, há julgamento conjunto envolvendo os Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, que “tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)”<sup>42</sup>.

39 SARLET, op. cit., p. 328-329.

40 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de tutela antecipada (STA) 175 – CE. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010, publicado em DJE 30/04/2010 - ATA Nº 12/2010. DJE nº 76. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

41 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Notícias STF, quarta-feira, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N>>. Acesso em: 01 nov. 2016, s.p.

42 Sobre o tema: Desta feita, apenas para contextualização mais precisa, o RE 566471, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, tem como objeto e fundamento a recusa de fornecimento de medicamento que, além de ser alto custo, não existe previsão no programa estatal (ou seja, não se encontra contemplado pela política pública de saúde – ausência registro na Anvisa). Já o RE 657718, embora com o mesmo objeto, foi interposto pela autora, pois vencida em sua pretensão junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, qual acolheu a legitimidade da recusa pelos apontamentos acima (CIDADE, op. cit. p. 159).

A propósito, o relator, Ministro Marco Aurélio, já tinha se manifestado em sessão realizada no dia 15 de setembro, no sentido de obrigar o Estado a fornecer medicamento mesmo de alto custo quando, registrado na agência reguladora, estiver comprovada sua imprescindibilidade e a incapacidade financeira para aquisição por parte do paciente e de sua família<sup>43</sup>.

Na retomada do julgamento, o referido ministro manteve seu posicionamento inicial. Contudo, reformulou a tese inicial apresentada, ao manifestar-se:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso<sup>44</sup>.

Como se pode notar, o referido Ministro ressaltou o caráter excepcional de medida que, de certa forma, invade a esfera de competência das outras funções estatais. No caso concreto, que versara sobre possível condenação do Poder Público em fornecer medicamentos de alto custo, arrolaram-se alguns requisitos em vista de postulados da proporcionalidade e razoabilidade mais concretos, por meio de critérios mais objetivos.

Malgrado a importância da manifestação do Ministro Marco Aurélio, passível de detida e reflexiva análise; as lições trazidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso ganham destaque frente aos fins desse trabalho. Vejamo-las detidamente a partir de agora.

Inicialmente, o Ministro Barroso chamou a atenção à chamada judicialização da matéria, pugnano pela necessidade de desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil, uma vez que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde”, que só deve interferir em situações extremas<sup>45</sup>.

---

43 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *op. cit.*, s.p.

44 *Ibidem*, s.p.

45 *Ibidem*, s.p.

O Ministro também diferencia duas situações: por um lado, lembra da relação nacional de medicamentos (RENAME), bem como de órgão técnico a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (Conitec). Este último criado pela Lei 12.401/2011 com a atribuição estudar, valendo-se de critérios técnicos de custo-benefício, quais medicamentos podem vir a integrar a lista RENAME, incorporando-se assim ao sistema.

Diante disso, existem demandas judiciais que almejam os medicamentos da referida lista, incorporados pelo SUS, não havendo dúvida quanto à obrigação do Estado em fornecê-los, cabendo ao Judiciário a efetivação das políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS. Em tais casos, deve-se averiguar, apenas, acerca da necessidade do medicamento e a prévia tentativa da sua obtenção na via administrativa<sup>46</sup>.

No entanto, existem hipóteses em que os medicamentos, por vezes de alto custo, não estão inclusos nesta lista e são exigidos judicialmente pela população. O primeiro alerta que o Ministro Luís Roberto Barroso faz consiste na afirmação de que “[n]ão há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”<sup>47</sup>.

De grande importância as colocações do Ministro, principalmente ao propor cinco requisitos a serem observados pelo Judiciário, de forma cumulativa, para o deferimento de determinada prestação relativa à saúde:

[...] incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo<sup>48</sup>.

Sobre tais requisitos, cabem alguns comentários. Por primeiro, no que é pertinente à “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente”, importa atentar para o fato de que medicamento de alto

46 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *op. cit.*, s.p.

47 *Ibidem*, s.p.

48 *Ibidem*, s.p.

custo não implica por si só incapacidade financeira. Ou melhor, a existência de um não implica a do outro. Isso porque, ainda que o medicamento ou tratamento seja de valor exorbitante, nada impede que o paciente tenha capacidade financeira para arcar com os custos. Assim, um indivíduo com situação financeiramente vantajada não se apresenta como incapaz simplesmente pelo alto valor dos medicamentos, ou pela justificativa de que, ao arcar com as despesas, seu padrão de vida seria abalado. Lembrando com Cidade<sup>49</sup>: os custos das concessões judiciais recaem sobre a sociedade de modo que tal ônus deve estar legitimado pelo interesse público e social da pretensão atendida.

Isso parece evidente, uma vez que o fornecimento de tais remédios e tratamentos causam problemas de difícil solução justamente pelo grande dispêndio de recursos públicos em prol de um ou alguns indivíduos em detrimento da maior parcela da população, eventualmente atingida pelo desfalque financeiro causado pelo fornecimento de medicamento caro.

O segundo requisito exige a “demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes”. Tal medida pretende evitar que o Judiciário decida em sentido contrário a órgão técnico com capacidade específica para decidir sobre a inclusão ou não de determinado medicamento na lista de concessão. Assim, por hipótese, se o Conitec já avaliou e denegou a incorporação de determinado remédio no sistema, não caberia em princípio ao Judiciário fazê-lo, sob pena de invadir esfera de competência especializada para tal medida. Todavia, com arrimo na doutrina de Cidade, deve ser averbado: “[...] a discricionariedade administrativa é modulada pelos institutos fundamentais que, embasados na força normativa da constituição, possibilita uma abertura da discussão dentro do controle de legalidade e/ou legitimidade”<sup>50</sup>.

Destarte, à vista do caso concreto a ser analisado, mediante a fundamentação técnica e suficientemente robusta, nada impede que o Judiciário reveja a negativa, anotando-se que a discricionariedade administrativa também se submete ao escrutínio judicial, quer sob o prisma da razoabilidade/proporcionalidade do ato praticado, quer na perspectiva da omissão evidenciada no atendimento dos preceitos de proteção constitucional dos direitos fundamentais<sup>51</sup>.

49 CIDADE, op. cit., p. 121.

50 CIDADE, op. cit., p. 115.

51 Ibidem, p. 116.

O terceiro requisito trazido pelo Ministro Barroso diz respeito à “inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS”. Com isso, será necessário avaliar se não existem outras alternativas, incorporadas nas listas de medicamentos e tratamentos ofertados pelo SUS, que atendam satisfatoriamente à condição do paciente. É vital que assim o seja, dado que descabida a intervenção do Judiciário para conceder medicamento que não está entre aqueles incorporados no sistema do SUS existindo outros medicamentos que igualmente o sejam. A decisão seria desarrazoada. Tal requisito evidencia critério de *necessidade* da medida, que não pode ser ignorado ou dispensado, uma vez que garante ao Judiciário que suas intervenções em outras esferas de Poder se deem em situações de *ultima ratio*, evitando riscos desnecessários na estabilidade democrática e na separação dos poderes estatais.

Atente-se, contudo, que essa alternativa terapêutica deve equivaler à medida pleiteada, no sentido de possibilitar, no mínimo, resultados semelhantes a esta. Seria desrespeito a qualquer imperativo de justiça, à proporcionalidade, ao direito à saúde e até mesmo à boa-fé e à dignidade da pessoa humana reconhecer como equivalentes medicamento paliativo e aquele possibilita a cura. Assim, deve-se garantir um mínimo de equivalência e compatibilidade a cada caso, considerando-se todos os seus efeitos – tempo de tratamento, probabilidade de êxito, efeitos colaterais –, a fim de que a prestação se torne justa, eficaz e digna. À evidência, no caso concreto, apenas um profissional especializado poderia esclarecer o ponto ao Juízo, de modo que é de rigor a produção de prova pericial.

O quarto elemento exige “comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências”. Tal requisito demonstra certa complexidade e carece de análise mais atenta. Como destacam Bianchi, Cachichi e Silva<sup>52</sup>, “A Medicina Baseada em Evidências constitui área do saber médica que se fundamenta no tripé da melhor evidência científica [1], na experiência clínica individual [2] e em valores do paciente [3]”. Ainda, pode-se defini-la como o “processo de sistematicamente descobrir, avaliar e usar achados de investigações como base para decisões clínicas” (Evidence Based Medicine Working Group, 1992)<sup>53</sup>. Em síntese, cuida-se de concepção

52 BIANCHI, Luiz Henrique Néia Giavina; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SILVA, Diego Nassif da. Direito à saúde baseada em evidências: ‘o rei das fraudes’ de John Grisham e a fosfoetanolamina. In: *Direito, sociedade, arte & literatura*: Estado, responsabilidade, inclusão e exclusão social. COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2016. p. 180.

53 CASTIEL, Luis David; PÓVOA, Eduardo Conte. Medicina baseada em evidências: “novo paradigma assistencial e pedagógico”? *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v6, n.11. Agosto de 2012. p. 117-121. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/icse/v6n11/08.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016. p. 117.

sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento com lastro em elementos científicos extraídos da “união da melhor ciência disponível com a melhor prática clínica possível”<sup>54</sup>.

É de se notar, também, segundo Drummond e Silva (1998), citados por Castiel e Póvoa<sup>55</sup>, que a mencionada *evidência* pode ser classificada em cinco níveis diferentes, que vai desde o nível mais alto – “Evidência forte de, pelo menos, uma revisão sistemática (metanálise) de múltiplos estudos randomizados controlados bem delineados” –, ao mais baixo – “Opiniões de autoridades respeitadas, baseadas em evidência clínica, estudos descritivos e relatórios de comitês de expertos ou consensos” –, todos evidenciando um certo grau de maturação do estudo, algo que iria além, por exemplo, dos meros indícios.

A noção de evidência diz respeito a medicamentos que surtiram efeitos em uma quantidade considerável de pessoas portadoras das condições clínicas para as quais o referido medicamento foi concebido, exigindo-se, para tal comprovação, elementos observáveis concretos do seu funcionamento, através de processos sistemáticos aptos a transparecerem essas expectativas terapêuticas.

Note-se, de saída, que a exigência de evidências científicas da eficácia do medicamento, não implica certeza que o medicamento irá funcionar como se espera, pois é de conhecimento geral que as interações medicamentosas são variáveis de acordo com cada organismo. Há de haver, isto sim, um juízo de comprovação científica de que aquele medicamento *normalmente* traz os efeitos desejados para aquele tipo de situação específica e que, *provavelmente*, trará os efeitos que o paciente necessita.

E mais. No Brasil faz-se imperiosa menção à Anvisa, autarquia responsável pelo controle dos medicamentos em circulação e uso no país. Por meio da Gerência-Geral de Medicamento (GGMED, passando-se especialmente pelo crivo da GEPEC – Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaio Clínicos), realiza-se o registro de medicamento novo:

A avaliação de um dossiê de registro costuma ser dividida em três partes: análise farmacotécnica, análise de eficácia, e análise de segurança. A análise farmacotécnica inclui a verificação de todas as etapas da fabricação do medicamento desde aquisição dos materiais,

54 BIANCHI; CACHICHI; SILVA, op. cit., p. 181.

55 CASTIEL; PÓVOA, op. cit., p. 117.

produção, controle de qualidade, liberação, estocagem, expedição de produtos terminados e os controles relacionados. Essa análise é feita por técnicos da própria Anvisa, em geral farmacêuticos, sendo rara a solicitação de pareceres a consultores ad hoc. O mesmo não ocorre quanto às avaliações de eficácia e segurança, feitas por meio da análise de estudos pré-clínicos (ou não-clínicos) e clínicos, estes subdivididos em fases I, II, III e, eventualmente, IV, nos casos de medicamentos já registrados em outros países para os quais dados de farmacovigilância pós-mercado já são disponíveis<sup>56</sup>.

Assim, para que um remédio seja comercializado no Brasil, é preciso que passe por todo esse procedimento, sob o crivo da Anvisa, que deve, em última instância, autorizar sua circulação no país. Da mesma forma, e analisando-se o procedimento, é possível notar como ele se coaduna com o requisito mencionado pelo Ministro Barroso, pois todos os testes realizados buscam justamente comprovar a eficácia do medicamento em todos os seus aspectos, inclusive de segurança, tudo através de procedimentos técnicos altamente especializados.

Questão delicada versa sobre o problema de medicamentos e tratamentos experimentais. As considerações acima expostas implicam exclusão do atendimento via judicial de medicamentos ou tratamento experimentais, porquanto, em relação a eles, não há falar em evidências científicas de eficácia. Nesse sentido, com acerto, Lazari<sup>57</sup> exclui do campo da proteção nuclear do direito à saúde a medicina experimental. O progresso científico dotou os grandes laboratórios e a poderosa indústria farmacêutica com inúmeras novidades e tratamentos experimentais de toda a sorte, muitas vezes a custo altíssimo. Obrigar o Estado a arcar com “a loteria da cura” reduzi-lo-ia à condição de mero agente financiador da iniciativa privada nesse específico campo.

Por fim, o último requisito diz respeito à “propositura da demanda necessária em face da União”. Com essa previsão, a discussão que por muito tempo se prolongou e que, por vezes, obstou à população o sucesso de suas empreitadas em busca de medicamento, agora parece se aclarar e seguir rumo certo, viabilizando provimentos judiciais mais ágeis. De fato, não era incomum que nas demandas a discussão sobre a competência para a concessão dos medicamentos e tratamento, percutindo na legitimidade

56 ANVISA. *Registro de Medicamentos*: Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro\\_novos.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm)>. Acesso em: 21 out. 2016, s.p.

57 LAZARI, op. cit., p. 131.

passiva para a ação e, eventualmente, na competência do órgão judicial. Cumpre lembrar que, em 2010, o STA 175, como já mencionado, trouxe a ideia de solidariedade entre os entes da federação no dever de prestação. O assunto não está pacificado completamente, sobretudo quanto se trata de medicamento de alto custo. Acatada a orientação do Ministro Barroso no STF, contará o julgador com bons parâmetros para guiá-lo no percurso argumentativo da decisão.

De qualquer forma, força convir que a observância do precedente pela administração poderá bem orientar decisões sobre alocação de recursos da saúde, reduzindo a quantidade de ações judiciais propostas.

## **5 CONCLUSÃO**

Vencido - ainda que ao resvalado da pena - o exame dos cinco requisitos, vale dizer, à guisa de desfecho da temática, que o confronto entre direitos fundamentais e reserva do possível sempre se mostrou árduo e de difícil resolução. O gestor público tem-se valido desse último como argumento, reforçado pelo princípio da separação dos poderes, para o não fornecimento dos medicamentos e tratamentos principalmente de alto custo.

Por outro lado, argumentos não faltam para a proteção dos direitos fundamentais, que há muito vêm sendo violados, fruto da omissão e da falta de compromisso das funções legislativa e, principalmente, executiva, na ampla efetivação dos direitos mínimos à preservação da dignidade da pessoa humana.

As soluções apresentadas nos inúmeros estudos e pesquisas científicas sempre caminhavam em direção aos argumentos da ponderação e harmonização entre princípios, através da proporcionalidade em sentido amplo e da razoabilidade, diante de cada caso concreto. E tal solução, de forma alguma, carece de razão e justificativa, mostrando-se plenamente plausível.

Entretanto, são conceitos amplos e indeterminados, que carecem da concretização do intérprete julgador na hipótese dos autos. Por mais que pretenda imparcial diante da situação avaliada, o juiz poderá incidir em certa dose de subjetividade em seu julgamento.

O modelo apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no referido julgamento, manifestando-se acerca da necessidade de atender a cinco requisitos para que se possa conceder determinado medicamento ou tratamento, é capaz de atribuir boa margem de justificação ao processo e à decisão, tornando-a não somente mais segura, do ponto de vista da

solidez argumentativa, como também mais próxima da justiça, diante de casos de difícil solução, em que direitos de inestimável valor e importância sejam respeitados na maior medida possível.

Nessa senda, não se pode deslembrar o fundamento substantivo que o Alexy<sup>58</sup> já utilizou como critério para considerar especialmente importantes os direitos fundamentais: o princípio da dignidade humana. A admissão desse critério - para justificar substancialmente proposições “direitos fundamentais são importantes” e “precisam de uma proteção especial para além da majoritária” - percute diretamente na questão da dignidade humana notadamente no que toca ao mínimo existencial.

O entendimento de Ricardo Lobo Torres<sup>59</sup> é avalizado por este trabalho, já que “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais”. Lazari<sup>60</sup>, a seu turno, compreende o papel transcendental da dignidade humana como principal valor ético e jurídico do ordenamento interno e internacional, sem o qual a própria noção de personalidade estaria prejudicada.

Cuida-se, portanto, de um fundamento ético para direitos humanos especialmente na assim chamada *dimensão ideal do direito*<sup>61</sup>. O mínimo existencial é, pois, aquilo que há de mais nuclear em relação a dignidade humana. É como que um núcleo duro de dignidade humana, que, no campo da saúde, significa atendimento sobretudo na saúde preventiva, saúde restauradora e saúde no pós-restabelecimento<sup>62</sup>. Alexy<sup>63</sup> afirmará que a dignidade humana, entendida como princípio, implica dizer que o direito das pessoas deve ser levado a sério na maior medida possível. E essa possibilidade é a janela para a abertura da proporcionalidade aplicação e concretização dos direitos fundamentais.

---

58 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 169.

59 TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129.

60 LAZARI, op. cit., p. 38.

61 ALEXY, 2015, p. 168.

62 LAZARI, op. cit., p. 133.

63 ALEXY, 2015, p. 172.

Essa proporcionalidade estabelece-se em subprincípios dentre eles: subprincípio da adequação, subprincípio da necessidade e subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros, adequação e necessidade, submetem-se - ou melhor, dizem respeito - a possibilidades *fáticas*, ou seja, eles estão dentro do campo da realidade. A adequação e a necessidade são subprincípios delimitam o possível fático, aquilo que é possível de modo digamos assim financeiro ou físico etc, bem ligado ao mundo dos fenômenos.

Já a proporcionalidade em sentido estrito está ligada a possibilidades *jurídicas*, porque exatamente conforme a medida do possível segundo colidência com outros direitos. É nesse contexto, ou seja, dentro do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que Alexy tratará da ponderação entre princípios. E nesse caso ele também traz a lei da ponderação consoante a qual qualquer restrição ou limitação a um direito fundamental deve ser equivalente ao peso do princípio colidente: “Quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em satisfazer o conteúdo do outro princípio com ele colidente”<sup>64</sup>.

Assim, a ponderação não desaparece, pois a razoabilidade e a proporcionalidade devem informar toda decisão judicial sob pena de perpetrar inúmeras injustiças. A bem da verdade, como verberou Cidade<sup>65</sup>, a propósito dos posicionamentos dos Ministros Marco Aurélio e Barroso, por si sós, já denotam a razoabilidade e a proporcionalidade como instrumento de deliberação judicial acerca da justiça da pretensão de fornecimento de medicamentos de alto custo, tudo conforme a hipótese vivenciada pelas partes e no contexto de uma teoria da argumentação.

Em suma, depois da avaliação criteriosa e razoável do julgador, presentes os requisitos acima pormenorizados, haverá boas razões para o Judiciário afastar a reserva do possível em casos de fornecimento de medicamento ou tratamento mesmo de alto custo como forma de concretização do direito à saúde nas dobras do mínimo existencial, bem como arrostar desde logo argumentos sobre possível intervenção ilegítima do Judiciário em políticas públicas de saúde, malferindo princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa.

64 ALEXY, 2015, p. 173.

65 CIDADE, op. cit., p. 162.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANVISA. *Registro de medicamentos: como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro\\_novos.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm)>. Acesso em: 21 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIANCHI, Luiz Henrique Néia Giavina; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SILVA Diego Nassif da. Direito à saúde baseada em evidências: ‘o rei das fraudes’ de John Grisham e a fosfoetanolamina. In: *Direito, sociedade, arte & literatura: Estado, responsabilidade, inclusão e exclusão social*. COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTIEL, Luis David; PÓVOA, Eduardo Conte. Medicina baseada em evidências: “novo paradigma assistencial e pedagógico”? *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v6, n.11. Agosto de 2012, p. 117-121. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/icse/v6n11/08.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CIDADE, Roberto Berttoni. *Reserva do Possível: limite máximo do status positivo da atual concretização dos direitos fundamentais sociais brasileiros*. Marília: Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, 2016. 180 p. (Mestrado em Direito).

CORREIA, Luiz Cláudio. *Medicina baseada em evidências*. Disponível em: <<http://medicinabaseadaemevidencias.com>>. Acesso em: 21 out. 2016.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: 2002, CES. p. 07-20.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Direitos sociais: cidadania, política e justiça*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de. *Tensão entre as políticas pública e direitos sociais*. Coimbra: Universidade de Coimbra. 113 p. (Pós-doutorado em direito).

LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letra Jurídicas, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fev./mar./abr. 2011. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; STRESSER, Dirceu. COSTA, Ilton Garcia da. Da bioética ao biodireito: a judicialização de políticas públicas de saúde. In: SIQUEIRA, Antônio Benedito de (Coord.). *Contemporaneidades*. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 7-31.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional dos direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime*. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Publicação*

*seriada do Centro de Estudos Sociais*, n. 65, nov. 1995. Coimbra: Oficina do CES: 1995. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 – DF*. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004, publicado em 04/05/2004. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Notícias STF, quarta-feira, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Suspensão de tutela antecipada (STA) 175 – CE*. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010, publicado em DJE 30/04/2010 - ATA Nº 12/2010. DJE nº 76. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.