

DIREITO À SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL

RIGHT TO HEALTH AND RESERVE OF THE POSSIBLE

Alexandre Atualpa Selayaran¹

Fausto Santos de Morais²

RESUMO

Este trabalho, com fulcro no constructo teórico de Robert Alexy, possui como problema a questão do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do Direito à Saúde em relação à questão da Reserva do Possível. Salienta-se que a justificativa da pesquisa está associada à atual discussão no Brasil sobre a exigibilidade judicial dos Direitos Sociais, especialmente quando se discute os limites de atuação do Poder Judiciário nas demandas individuais – judicialização da política e ativismo judicial –, e, também, em relação à influência do constructo teórico de Robert Alexy no cenário jurídico pátrio. Assim sendo, o objetivo (geral) está focado na apresentação da ideia de Direitos Sociais elaborada por Robert Alexy. Para tanto, orientou-se pelo método hipotético-dedutivo e o procedimento fenomenológico-hermenêutico mediante a revisão (indireta) bibliográfica e pesquisa jurisprudencial. Desse modo, a estrutura do presente trabalho fora desenvolvida em três partes principais (objetivos específicos). Na primeira será apresentada o constructo teórico de Robert Alexy em relação às prestações sociais em sentido estrito. Na segunda parte desenvolver-se-á a ideia de Reserva do Possível e na parte final será apresentado os casos judiciais analisados. Portanto, conclui-se com o presente estudo que a corte constitucional entende a saúde como direito, subjetivo, vinculante, definitivo e, conseqüentemente, não aceita a aplicabilidade da Reserva do Possível.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização. Reserva do Possível.

ABSTRACT

This work, with fulcrum in the theoretical construct of Robert Alexy, has as a problem the question of understanding the Supreme Court on the right to health. It should be noted that the justification of the research is linked to the current debate in Brazil about the legal enforceability of Rights social, especially when discussing the limits of the Judiciary acting in the individual demands - legalization of political and judicial activism - and also regarding the influence of the theoretical construct of Robert Alexy in the Brazilian legal scenario. Therefore, the purpose (general) is focused on the presentation of the idea of Social Rights prepared by Robert Alexy. To this end, guided by the hypothetical-deductive method and the phenomenological-hermeneutic procedure by reviewing (indirect) bibliographic and jurisprudential research. Thus, the structure of the present study was conducted in three main

¹ Acadêmico do 8º semestre da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED). Bolsista de Iniciação Científica PIC – IMED. E-mail: a_selayaran@hotmail.com.

² Doutor (2013) e mestre (2010) em Direito Público - UNISINOS (Capes 6) além de especialista em Direito Tributário - UPF (2006). Docente da Escola de Direito e PPGD da IMED, Passo Fundo/RS. Advogado. Email: faustosmorais@gmail.com

parts. The first will be presented the theoretical construct of Robert Alexy in relation to social services in the strict sense. In the second part we will develop the idea of booking is possible and will be presented at the end of court cases analyzed. Therefore, we conclude with this study that the constitutional court understands health as a right, subjective, binding, definitive and therefore does not accept the applicability of the reservation is possible.

Keywords: Right to Health. Legalization. Reserve Possible.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral do presente estudo é apresentar os pressupostos teóricos de Robert Alexy em relação aos Direitos Sociais – Prestações em Sentido Estrito -. Sendo assim, tendo em vista a temática da Reserva do Possível, este trabalho possui como problemática a seguinte interrogação: (i) o Direito à Saúde, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é entendido como subjetivo, vinculante, *prima facie*?

Para tanto, utilizou-se do procedimento fenomenológico-hermenêutico, aliado à revisão (indireta) bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, juntamente com o método hipotético dedutivo. Portanto, a pesquisa fora conduzida pela seguinte hipótese: (i) o Supremo Tribunal Federal não entende o Direito, subjetivo, vinculante, à Saúde como *prima facie*.

A questão, aqui, problematizada em relação às questões interpretativas/aplicativas do Direito à Saúde, possui relevância científica. Isto é, a justificativa do presente estudo está relacionada à questão da judicialização da política, ativismo judicial e, também, da relevância do constructo teórico de Robert Alexy na compreensão do Direito Contemporâneo, sobretudo no estudo dos Direitos Fundamentais.

Portanto, o artigo proposto justifica-se, principalmente, da atualidade dos debates acima referidos, especialmente a influência da teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy no cenário jurídico brasileiro.

Dessa maneira, o artigo será desenrolado de acordo com três objetivos específicos. Sendo assim, a estrutura contará com três partes principais. Na primeira será desenvolvida a abordagem teórica de Robert Alexy atinente às prestações em sentido estrito. Posteriormente, apresentar-se-á a questão da Reserva do Possível e, por fim, será analisada decisões judiciais no âmbito da Corte Constitucional brasileira.

2 DIREITO, SUBJETIVO, PRIMA FACIE, À SAÚDE

Nesta seção, será realizada uma abordagem teórica acerca do direito à saúde, consoante a teoria de Robert Alexy, especialmente no constructo teórico do direito a prestações estatais em sentido estrito.

Primeiramente, cumpre consignar que Alexy entende os direitos a prestações de maneira ampla, isto é, o direito a prestações engloba o direito de proteção ao cidadão em face de outros particulares, o direito a normas de organização/procedimento e até mesmo prestações pecuniárias (ALEXY, 2008, p. 442).

Dessa maneira, Alexy irá classificar os direitos a prestações em três grupos. Sendo eles: (i) direitos a proteção; (ii) direitos a organização e procedimento; e (iii) direitos a prestações em sentido estrito. Não obstante a referida classificação, no decorrer desta seção será esmiuçado apenas a questão dos direitos a prestações em sentido estrito (direito social) em razão da delimitação temática proposta no presente ensaio.

No que tange aos direitos sociais (prestações em sentido estrito), Alexy salienta que são direitos do cidadão a determinada prestação estatal, a qual poderia ser obtida, também, de particulares, caso dispusesse de condições econômico-financeiras e se houvesse uma oferta privada suficiente (2008, p. 449).

Ademais, nesse grupo de direitos a prestações tem-se uma sub-classificação, que totalizará em 8 normas de direitos sociais. Para tanto, Alexy utilizou critérios quanto à vinculação ou não de tais prestações, ao direito subjetivo ou objetivo e, por fim, relativo à característica *prima facie* ou definitivo da respectiva prestação social (ALEXY, 2008, p. 501).

Da indigitada classificação, apura-se que os direitos subjetivos devem ser entendidos como relações “triádicas”, ou seja, entre um cidadão (titular do direito), o Estado e a respectiva prestação estatal. Ademais, salienta o autor que quando se verificar a referida relação o cidadão poderá exigir judicialmente a ação estatal – *strictu sensu* - (ALEXY, 2008, p. 445).

Importante salientar, ainda, que o referido caráter *prima facie* é consequência da natureza de princípios que os direitos fundamentais possuem (ALEXY, 2008, p. 103 – 106). Nesse sentido, importante destacar que a questão do direito definitivo do cidadão dar-se-á por meio do sopesamento e, portanto, tudo aquilo que é devido *prima facie* é mais amplo do que é devido de maneira definitiva (ALEXY, 2008, p. 514).

Tendo em vista o constructo teórico do autor acima referido, pode-se afirmar, por fim, que o Direito à Saúde encontra-se na dimensão classificatória de direito à prestação (em sentido estrito) subjetiva, *prima facie*, vinculante.

Nessa seção exauriu-se o constructo teórico de Robert Alexy, especialmente no tocante aos direitos sociais como, subjetivos, *prima facie*, vinculantes. Assim, na próxima seção será apresentada a questão da Reserva do Possível.

3 A DOCTRINA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A presente seção tem como objetivo apresentar o conceito de Reserva do Possível. Para tanto, serão apresentados os conceitos e elementos empregados pela doutrina especialmente a doutrina pátria sobre o referido tema.

A noção de Reserva do Possível geralmente está associada à decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, na qual tem-se a perspectiva de que os Direitos Sociais estariam submetidos a tal cláusula de restrição.

Na referida decisão, restou consignado que os Direitos Sociais não são de “início restringidos” (sic), ou seja, os Direitos Sociais não são limitados de maneira apriorística, no entanto estariam submetidos à Reserva do Possível. Nesse contexto, a reserva do Possível implicaria o que pode o indivíduo “racionalmente” exigir da sociedade. Ademais, compete ao legislador (própria responsabilidade) analisar tal questão, eis que esse teria condições de promover uma proteção ao Direito Social (cursar o ensino superior) com base no seu orçamento e interesses coletivos (MARTINS, 2005, p. 663).

Em que pese a referida explanação da Corte Constitucional Alemã, no Brasil a Reserva do Possível passou a ser vislumbrada simplesmente como a possibilidade econômico-financeira da Administração Pública na prestação ao indivíduo aquilo que ele postula no Poder Judiciário (MORAIS; REDIN, 2011, p. 277).

Tendo em vista a caracterização da Reserva do Possível tão somente à questão orçamentária, SGARBOSA afirma que a Reserva do Possível no Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não guardou equivalência com a noção alemã originária (2010, p. 127).

A respeito dessa ruptura, vale dizer, ainda, que a categoria da Reserva do Possível, no Brasil, impõe a discussão de duas questões diferentes. Isto quer dizer, no Brasil há uma classificação da Reserva do Possível em duas óticas. Quais sejam. Classificação sob o ângulo da questão fática e jurídica.

Do ponto de vista fático, entende-se a Reserva do Possível diante do problema da existência ou não de recursos públicos para fins de realização dos direitos sociais. Quanto ao ponto de vista jurídico, discute-se a higidez das leis orçamentárias, representativas dos objetivos ou fins priorizados pelas escolhas públicas, notadamente pelo Poder Executivo e Legislativo.

Analisando-se essas diferentes questões, Moreira afirma que tanto a face fática quanto a jurídica poderia servir de fundamento para que determinado Direito Social não fosse

realizado, implicando, por consequência, numa justificativa para a restrição à concretização de tais direitos (2011, p. 90).

Convém destacar, também, que a recepção do conceito da Reserva do Possível no Brasil é marcada pela existência de divergências acerca de sua natureza jurídica. Exemplificando isso, Kelbert aponta que a Reserva do Possível é empregada no Direito Brasileiro na condição de uma doutrina a ser seguida, outras vezes como um princípio jurídico, sem esquecer que existem concepções que a equiparam a uma cláusula na aplicação do Direito (2011, p. 72).

É necessário ressaltar, também, o estudo realizado por Wang. O autor analisou casos relacionados com o Direito à Saúde, julgados pelo STF. Na oportunidade, restou evidenciado que o Supremo Tribunal Federal não aceita o argumento de escassez de recursos – aqui como sinônimo de Reserva do Possível - para denegar a concessão de tratamentos ou medicamentos pleiteados (2006, p. 12).

Com fulcro em Wang, infere-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não conseguiu trabalhar o presente tema, no enfrentamento de casos concretos (demandas judiciais), de uma forma crítica e minuciosa (2006, p. 41).

Por derradeiro, mostra-se imperioso destacar o entendimento de Alexy quanto à temática. O autor germânico aduz que nessa decisão a Corte Constitucional deixa claro que o indivíduo – candidato que preencha todos os requisitos exigíveis para adentrar ao curso superior - possui um direito abstrato (prima facie) de escolher o curso de sua preferência. No entanto, o indigitado direito estaria submetido à Reserva do Possível – no sentido daquilo que pode o cidadão exigir de maneira racional da sociedade – (ALEXY, 2008, 439).

Noutras palavras, Alexy salienta que o Tribunal consolidou o entendimento de que todo indivíduo que conclui o ensino médio possui “em si” o direito de ingresso ao ensino superior, mas isso é antes de considerar as razões colidentes (máxima da proporcionalidade).

Em relação ao direito de ingresso no curso universitário de sua preferência, Alexy enfatiza que “[...]esse direito deve ser visto como um direito subjetivo prima facie vinculante[...], eis que o direito ao mínimo existencial configurar-se-á como um “direito subjetivo definitivo vinculante” (ALEXY, 2008, p. 502)”.

Apresentada a ideia de Reserva do Possível, será analisado na sequência como que o conceito vem aparecendo nas decisões do STF relacionadas às demandas da saúde e verificar o entendimento da corte a respeito do Direito à Saúde em si.

3.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta seção serão analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas com a concretização do Direito à Saúde e a utilização da reserva do Possível como argumento/razão para a não realização das medidas solicitadas por meio da ação judicial.

Primeiramente, faz-se necessário enfatizar que na pesquisa realizada utilizou-se a ferramenta do próprio sítio do STF, denominada “Pesquisa de Jurisprudência”. Nessa busca, foram utilizadas palavras chaves como “direito à saúde” e “reserva do possível”, arbitrando-se um lapso temporal de 01/01/2005 a 01/01/2014. O referido lapso temporal justifica-se por abarcar decisões proferidas após a decisão da ADPF 45.

Impende ressaltar, ainda, que na presente pesquisa foram encontrados 7 acórdãos, 43 decisões monocráticas e 22 decisões da presidência. A partir das decisões encontradas, tornou-se necessário delimitar quais seriam analisadas.

Assim, arbitrou-se por analisar somente as decisões que possuíam o objeto em relação a pedidos de medicamentos e/ou tratamentos. Primou-se, também, por excluir decisões repetidas por ministro relator, visto que a fundamentação obtida acabava recaindo numa redundância. Logo restaram seis decisões a serem analisadas.

Além disso, mostrou-se indispensável o descarte das decisões proferidas no ARE 761454/RJ, AI 810115/RS, RE 628293/DF e AgRE 730104/PI, eis que as decisões não enfrentaram amiúde o tema do fornecimento de medicamentos/tratamentos pelo aparato estatal e da Reserva do Possível, discutindo-se, na maioria, tão apenas questões processuais.

Após as explicações acima, passo a analisar as decisões judiciais. A primeira decisão a ser analisada é a proferida na STA nº 175/CE (BRASIL, 2010). O objeto da referida suspensão era o deferimento de liminar para que o Estado do Ceará fornecesse a uma jovem o medicamento Zavesca-Miglustat, eis que a jovem necessitaria utilizar o medicamento no tratamento da patologia NIEMANN-PICK, tipo C.

O custo do medicamento era de R\$ 52.000,00 mil mensais e a justificativa para o fornecimento era que a droga seria a única capaz de melhorar e gerar o aumento de vida da jovem. Por outro lado, a União sustentava que o medicamento não possuía registro na ANVISA e que o medicamento não era contemplado pela rede pública de política farmacêutica.

Tendo em vista a judicialização (excessiva) de casos análogos, o Min. Gilmar Mendes convocou Audiência Pública com a finalidade de ouvir técnicos sobre o tema da saúde pública e buscar critérios para a intervenção judicial nos casos de fornecimento de medicamentos/tratamento.

Primeiramente, é importante destacar parte do voto do Min. relator Gilmar Mendes. O ministro afirma que a prestação, prima facie, individual do direito à saúde não poderá comprometer o SUS, sendo que o comprometimento deverá ser comprovado no caso concreto.

Além disso, conforme depoimentos de especialistas na Audiência Pública, o Min. relator Gilmar Mendes ilustra importantes critérios na decisão para o fornecimento de medicamentos pelo aparato Estatal. Convém, portanto, salientar os parâmetros ressaltados na decisão. Sendo eles: **(i)** a verificação, pelo Poder Judiciário, da existência ou não de Política(s) Pública(s) que visa(m) garantir a prestação à saúde solicitada pela parte via judiciário.

Nesse sentido, aduz que o Judiciário ao determinar o cumprimento de política pública já existente não estaria criando políticas públicas, mas tão somente determinando o cumprimento do direito subjetivo (direito subjetivo definitivo?).

Por outro lado, inexistindo política pública dever-se-á realizar os seguintes questionamentos: **(a)** se a inexistência decorre de omissão; **(b)** se decorre da liberdade de conformação legislativa/executiva de não fornecer; **(c)** ou se a inexistência é consequência de vedação legal.

Nesse contexto, é consignado que, em regra, deverá ser privilegiado o medicamento/tratamento oferecido pelo Poder Público. No entanto, comprovada a ineficácia do medicamento/tratamento oferecido pelo SUS, poderá ser determinado o fornecimento de medida diversa.

Portanto, restou entendido que os “protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS” não são absolutos, ou seja, o cidadão possui o direito de questioná-los via Poder Judiciário.

Em relação às omissões do serviço público relativas às políticas públicas (fornecimento de medicamento/tratamentos), registra que deverão ser analisadas judicialmente por meio de uma ampla instrução judicial, pois apenas com a produção de provas, de maneira ampla, poderá o Juiz conciliar o direito subjetivo à saúde com a dimensão objetiva (igualitária) do direito à saúde.

No tocante à vedação legal, exemplifica com a proibição de fornecimento de medicamentos que não possuem o registro na ANVISA (Lei 6.360/76). Aliás, afirmou que o registro do medicamento corrobora a “segurança e o benefício do produto”, sendo, portanto, de suma importância (necessário).

Assevera, ainda, que o Estado não pode ser condenado ao fornecimento de medicamentos/tratamentos experimentais em razão da incerteza quanto à eficácia do medicamento.

Por derradeiro, convém consignar que os argumentos sustentados pela União, especialmente acerca da grave lesão à ordem pública, economia e saúde pública, do não registro do medicamento na ANVISA, não foram acolhidos.

Sendo assim, a decisão “ad quo” manteve-se, eis que de acordo com o Min. relator o alto custo do medicamento não é argumento suficiente para impedir o fornecimento do medicamento solicitado e o medicamento tinha sido, durante a instrução processual, registrado na ANVISA.

O último caso a ser analisado é a SS 4304/CE, cuja relatoria foi do Min. Cezar Peluso. O caso tinha como objeto o fornecimento do medicamento Soliris (Eculizumabe), por pleito de Monique Sobreira de Carvalho Moreira e Tiago Moura Sobreira Bezerra, ambos portadores de patologia rara denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN) (BRASIL, 2011).

Nessa suspensão, o Estado sustentou que o fornecimento ensejaria numa grave lesão à ordem, à economia e à saúde, eis que o tratamento foi avaliado, aproximadamente, em R\$ 1.857.202,95 e que não havia previsão orçamentária para o fornecimento do referido medicamento.

Sustentou, também, que o cumprimento da obrigação violaria os princípios da Reserva do Possível e da separação dos poderes, além de inexistir comprovação da ineficácia do medicamento disponibilizado pelo SUS.

Importante ressaltar que o medicamento pleiteado não possuía registro na ANVISA. Contudo, o Min. relator (presidente) destaca que de acordo com o Ministério Público há nos autos provas documentais que comprovam que o medicamento pleiteado é o único eficaz no tratamento da doença.

Diante disso, o Min. afastou, nesse caso, o parâmetro construído na decisão STA 175 (suprarreferida) em razão das provas mencionadas pelo *Parquet*. Ademais, registrou-se na decisão que o elevado custo do medicamento não seria argumento (suficiente/plausível) para implicar numa grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública e, portanto, a decisão deu-se no sentido de manter a segurança.

Após analisar os indigitados casos jurídicos encontrados na jurisprudência do STF, buscando apresentar o seu posicionamento no tocante ao fornecimento de medicamentos/tratamentos em conjunto com a utilização do argumento da Reserva do Possível, passar-se-á para as considerações finais da presente pesquisa

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou demonstrar a forma com que o Supremo Tribunal Federal aborda as questões envolvendo o Direito à Saúde e sua perfectibilização mediante a observância da reserva do possível. Para isto, partiu-se do pressuposto teórico de Robert Alexy, o qual entende que o Direito à Saúde é um direito subjetivo dos cidadãos e possui caráter *prima facie*.

No que tange à Reserva do Possível, fora apresentada a sua noção originária (*Der Volberhalt Dês Möglichen*) e verificou-se que é empregada pela doutrina brasileira de forma diferente da alemã. Aqui é associada enfaticamente à escassez de recursos para a efetivação dos Direitos Sociais.

No âmbito jurisprudencial, identificou-se que nas demandas por medicamentos em que a Reserva do Possível surge como argumento, o Supremo Tribunal Federal entende que a alegação realizada pela administração pública, de inexistência de recursos, por si só, não obsta a promoção do Direito à Saúde.

Por isso, ao final, pode-se confirmar a hipótese afirmativa para a resposta ao problema de pesquisa, pois identificou-se que o Supremo Tribunal Federal interpreta/aplica o dispositivo constitucional – direito à saúde - como um direito subjetivo, vinculante, com **caráter definitivo** (*regra*) do cidadão em razão da inaplicabilidade da reserva do possível (princípio/cláusula de restrição) nos pleitos individuais de medicamentos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de Março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18 abr. 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança 4304/Ceará. Requerente: Estado do Ceará. Requerido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Ministro Cezar Peluso (Presidente). Brasília, 19 de Abril de 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000143682&base=baseP residencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000143682&base=baseP%20residencia)>. Acesso em: 18 Abr. 2014.

KELBERT, Fabiana Okchsteinea. *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, 2005.

MORAIS, Fausto Santos; REDIN, Giuliana. *O controle Judicial da Efetividade dos Direitos Sociais: A perspectiva da teoria filosófico-política da condição humana e espaço público e da crítica hermenêutica do direito*. Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22, 2011.

MOREIRA, Alinie da Motta. *As restrições em torno da Reserva do Possível: Uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, Volume I, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Sociedade Brasileira de Direito Público – Escola de Formação, 2006. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=80>. Acesso em: 30 mar. 2014.