



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA INAPLICABILIDADE
EM FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL À SAÚDE: UMA DISCUSSÃO NO
ÂMBITO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Leonardo Augusto de Freitas Sequeira

Rio de Janeiro

2018

LEONARDO AUGUSTO DE FREITAS SEQUEIRA

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA INAPLICABILIDADE
EM FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL À SAÚDE: UMA DISCUSSÃO NO
ÂMBITO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA INAPLICABILIDADE EM FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL À SAÚDE: UMA DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Leonardo Augusto de Freitas Sequeira

Graduado pela Universidade Cândido Mendes - Campus Niterói. Advogado.

Resumo- A saúde é componente básico para que o cidadão tenha uma vida digna. Se por um lado atesta-se a sua essencialidade, pelo outro, não se pode descurar de que sua efetivação encontra óbice nas limitações financeiras dos entes públicos. Vislumbra-se, nesse contexto, o embate existente entre a reserva do possível e o chamado mínimo existencial, sendo a tônica deste trabalho de pesquisa defender que, muito embora existente a limitação de ordem orçamentária, ela jamais poderá se sobrepor a direitos assegurados constitucionalmente.

Sumário- Introdução. 1. A intromissão do Judiciário nas políticas públicas de saúde: uma discussão em torno da separação de poderes e do princípio da igualdade voltada aos medicamentos de alto custo. 2. A escassez de recursos públicos e os medicamentos de alto custo: uma ponderação necessária entre a reserva do possível e o mínimo existencial?. 3. Princípio da reserva do possível e sua aplicabilidade em face do mínimo existencial: uma discussão em torno dos medicamentos de alto custo. Conclusão. Referências.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Saúde. Reserva do possível. Mínimo existencial.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática da inaplicabilidade do princípio da reserva do possível à luz do mínimo existencial à saúde pública, pautando sua discussão no âmbito do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais do tema, sobretudo as do Supremo Tribunal Federal, de sorte a permitir que se discuta a aplicabilidade do princípio da reserva do possível em face do fornecimento de medicamentos de alto custo não contemplados pelas listas do Sistema Único de Saúde.

A saúde, erigida à condição de direito fundamental pelo legislador constituinte de 1988, é componente indispensável para que o cidadão tenha uma vida digna, sendo dever do Estado, por meio de políticas públicas, garantir a sua efetivação e o seu acesso de maneira universal, irrestrita e igualitária a todas as pessoas, sem qualquer distinção.

Nesse contexto, como forma de dar efetividade a este direito, foi criado o SUS cuja estrutura é materializada pela Lei nº 8.080/1990 que prevê, dentre outras ações e serviços, a assistência farmacêutica. Entretanto, não é incomum um paciente precisar de determinado medicamento específico, que se encontra em falta ou que não é fornecido pelo SUS e não ter condições para adquiri-lo, o que vem acarretando o ajuizamento de inúmeras ações judiciais no sentido de compelir o Poder Público a fornecer o medicamento.

É nessa seara que surge o embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Se por um lado é correto afirmar que o direito à saúde depende, para sua plena efetivação, dos recursos públicos disponíveis, sendo um limitador da atuação estatal, por outro, tal argumento não pode conduzir a uma verdadeira omissão do Estado, violando-se o direito a vida, sem o qual não há que se falar na existência de outros direitos.

O tema é complexo e de suma relevância, tendo inúmeras controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais pátrios, uma vez que é sempre complicado o debate entre resguardar o direito à vida em contraponto a manter um adequado equilíbrio orçamentário que não venha a onerar excessivamente os cofres públicos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discutindo se é possível afirmar que a intromissão do Judiciário nas políticas públicas de saúde envolvendo medicamentos de alto custo viola os princípios da separação de poderes e da igualdade, de modo a demonstrar que a intervenção judicial não viola os referidos princípios, cabendo ao juiz, no caso concreto, se utilizar do critério da ponderação de interesses para solucionar eventuais conflitos.

Prossegue-se, no segundo capítulo, a análise do conceito indeterminado de mínimo existencial, buscando explicar que a sua aplicabilidade, considerando a escassez de recursos públicos, deverá se dar de maneira cautelosa, de sorte a permitir o afastamento da cláusula de reserva do possível, compelindo o ente público a efetivar aquele direito previsto na Constituição.

No terceiro capítulo, tema central deste trabalho de pesquisa, aborda-se o embate, no campo do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, entre o princípio da reserva do possível e a ideia de mínimo existencial, com o propósito de defender o resguardo ao catálogo mínimo de direitos previstos na Constituição, analisando-se os principais argumentos doutrinários e as decisões mais recentes prolatadas pelos tribunais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, a que se pretende eleger hipóteses as quais se acredita serem adequadas para enfrentar o objeto de pesquisa, tendo por objetivo rejeita-las ou comprova-las.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que se pretende utilizar a bibliografia pertinente ao tema, qual seja, livros de doutrina, revista de artigos jurídicos, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e a legislação correspondente.

1- A INTROMISSÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UMA DISCUSSÃO EM TORNO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE VOLTADAS AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou, em seu bojo, uma gama de direitos e garantias fundamentais inerentes aos próprios seres humanos, dentre os quais se destacam o direito à vida; à habitação e moradia dignas e, mais especificamente, o direito à saúde, positivado expressamente no art.196 da CRFB/1988¹, objeto central que irá permear todas as discussões travadas neste trabalho de pesquisa.

A respeito do dispositivo constitucional em comento, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco² explicam que quando a norma veicula a expressão “direito de todos”, está se referindo expressamente a um duplo aspecto, ou seja, se, por um lado, é possível vislumbrar um aspecto coletivo de proteção, pelo outro, encontra-se o aspecto individual, materializado no sentido de se atribuir ao direito à saúde um caráter de direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que acabam por conduzir o indivíduo e o Poder Público a uma relação jurídica de cunho obrigacional.

Prosseguem os citados autores³, neste sentido, que a garantia do direito à saúde mediante a implementação de políticas sociais e econômicas ressalta, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que visem a sua efetivação mediante alocação de recursos públicos escassos, levando-se em consideração a própria evolução natural da medicina, que atribui um caráter programático do direito à saúde, porquanto sempre haverá novas descobertas, exames, procedimentos cirúrgicos ou doenças a serem erradicados.

Por fim deve ser registrado, ainda, ter o legislador constituinte de 1988 estabelecido que o acesso à saúde deverá ser garantido pelo Estado a todos os indivíduos de maneira

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.696.

³ Ibid., p.697.

universal e igualitária, reforçando-se, desta forma, o caráter solidário dos entes públicos da Federação no tocante a sua devida prestação e efetivação.

O presente capítulo tem por escopo debater se a intromissão do Judiciário na formulação e elaboração de políticas públicas a cargo do Executivo representaria uma violação aos princípios da separação de poderes e da igualdade, bem como, sobre que medidas poderiam ser tomadas pelo juiz para resolver esta questão.

Kellen Cristina de Andrade Ávila⁴ afirma que, no contexto do Estado Democrático de Direitos, cabe ao Poder Público o dever de efetivar tais direitos, em especial aqueles eleitos pelo constituinte como componentes do chamado mínimo existencial, possuindo tal função primazia sobre as demais funções estatais, sendo certo de que este dever justifica a intervenção do Poder Judiciário para garantir a efetividade dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Nessa toada prossegue a citada autora dizendo que, não obstante a obediência ao princípio da separação de poderes, a realidade atual exige um Judiciário proativo e participativo, capaz de solucionar litígios das mais diversas amplitudes, sobretudo com relação às questões políticas que frequentemente são levadas para a sua apreciação⁵.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶ tem assentado o seu entendimento no sentido de permitir que o Judiciário intervenha nessas questões asseverando, entretanto, que, muito embora a formulação de políticas públicas voltadas à saúde sejam uma prerrogativa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, revela-se possível, em situações excepcionais, a ingerência do Judiciário, sobretudo nos casos em que tais políticas públicas são definidas pelo texto constitucional, cujo descumprimento mostra-se apto a comprometer a integridade dos direitos sociais.

Assim pode-se concluir, diante dos argumentos acima espostos, que a intromissão do Judiciário, constatada o desrespeito e a omissão no tocante ao cumprimento de políticas públicas já existentes, aqui fazendo-se referência a distribuição e o fornecimento de medicamentos, afigura-se como totalmente legítima, não havendo que se falar, nessa seara, em quaisquer violações ao princípio da separação de poderes.

⁴ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. *O controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-controle-judicial-das-politicas-publicas,47240.html>> . Acesso em: 20 mai.2018.

⁵ Ibidem.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº 410715- AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+410715%2ENOME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+410715%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bfjeflc>>Acesso em: 20 mai. 2018.

Verificada, portanto, a legitimidade do Judiciário, no sentido de fazer cumprir políticas públicas, objetivando concretizar e resguardar os direitos fundamentais sociais insculpidos no texto constitucional, passa-se a analisar se, tais intervenções, representariam uma afronta ao princípio da igualdade, bem como que medidas podem ser tomadas pelo magistrado para solucionar estas questões.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁷ ressaltam a necessidade de se realizarem ponderações, observadas as especificidades de cada caso concreto, tendo como ponto de partida o próprio texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.

A saúde, enquanto direito fundamental dotado de grande valor constitucional, por inúmeras vezes, se vê colidindo com outros direitos ou interesses. No tocante ao seu aspecto financeiro orçamentário, mais precisamente no confronto entre o direito à saúde e o princípio da reserva do possível, este será analisado e dissecado em momento oportuno. Por outro lado, em se tratando de colisão entre o referido direito e o princípio da igualdade, deve ser aplicada a técnica da ponderação de interesses.

Não raro, numa determinada hipótese fática, ocorre de dois direitos colidirem diretamente, como naquelas situações em que se têm dois direitos à vida ou dois direitos à saúde em conflito. Nesses casos caberá ao juiz, com parcimônia e prudência, utilizar-se da técnica da ponderação, objetivando conferir ao princípio o máximo de efetividade, ressaltando que a predominância de um direito sobre o outro somente será aferida à luz das peculiaridades do caso concreto.

A respeito da colisão entre princípios constitucionais, como forma de tentar compatibilizar e apresentar soluções ao conflito travado entre o direito à saúde e o princípio da igualdade, Luís Roberto Barroso⁸ enfatiza que “elas decorrem do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissário que é a Constituição”.

Conclui-se, portanto, diante dos argumentos acima esposados que, embora não haja qualquer óbice à intromissão do Judiciário nas políticas públicas destinadas à saúde, conforme demonstrado em momentos anteriores, no tocante ao confronto deste direito com o princípio da igualdade, mostra-se a necessidade do julgador, em cada caso concreto, como forma de não onerar excessivamente os cofres públicos, utilizar-se da técnica da ponderação.

⁷ MENDES; BRANCO, op.cit., p.696.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.353.

2- A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E OS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: UMA PONDERAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL?

O presente capítulo objetiva enfrentar e analisar a aplicabilidade da teoria da reserva do possível frente ao impasse na execução do orçamento público, mormente quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, confrontando-se a supracitada teoria com a ideia de mínimo existencial, fundada nas correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

Primeiramente, antes de proceder ao cerne da discussão, objeto deste capítulo, cumpre apresentar, em âmbito doutrinário, os conceitos de reserva do possível e de mínimo existencial. Nesse sentido, segundo Marcelo Novelino⁹, a teoria da reserva do possível se consubstancia numa limitação de ordem fática e jurídica oponível a realização e efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo aqueles de caráter prestacional.

Prossegue o referido autor¹⁰, ainda, que a referida teoria deverá ser analisada sob três dimensões ou prismas distintos, a saber: a disponibilidade fática; a disponibilidade jurídica; a razoabilidade e proporcionalidade da prestação exigida.

Nathalia Masson¹¹, em comentários a primeira dimensão, qual seja, a existência de disponibilidade fática, explica que tal requisito deverá ser analisado não sob a ótica de uma demanda individual formulada perante o Estado, mas sim, sob o viés das inúmeras demandas similares apresentadas permitindo aos demais indivíduos, em situação jurídica idêntica, pleitearem a mesma pretensão.

Por outro lado, com relação à presença de disponibilidade jurídica, remete-se a temática da intromissão do Poder Judiciário no controle de políticas públicas elaboradas pelos poderes legislativo e executivo, sendo perfeitamente possível como já assentado em conformidade com entendimentos jurisprudenciais, tal possibilidade assegurando-se legitimidade ao Judiciário para estes fins.

Por fim há que se observar, também, a terceira e mais importante dimensão da teoria da reserva do possível, pautada na exigência de aquela prestação exigida seja razoável e proporcional. De fato, como já se evidenciou em passagens anteriores deste trabalho os

⁹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. Bahia: Jus Podivm, 2015, p.521.

¹⁰ *Ibidem*.p.521.

¹¹ MASSON, Nathalia. *Curso de Direito Constitucional*.3.ed. Bahia: Jus Podivm, 2015, p.291.

direitos sociais fundamentais, enquanto direitos de cunho prestacional, impondo uma obrigação de fazer ao Estado, devem se adequar as reservas orçamentárias deste.

A partir da definição das três dimensões que integram a chamada cláusula de reserva do possível, adentra-se, agora, ao cerne da questão problema, objeto de análise deste tópico, consubstanciada na possibilidade de os Poderes Públicos alegarem a existência de reserva do possível em detrimento dos direitos mais básicos do cidadão, integrantes do denominado mínimo existencial.

Cuida-se de se definir, em primeiro lugar, o que mais precisamente vem a ser mínimo existencial e o seu núcleo de atuação. Luís Roberto Barroso¹² afirma que ele “expressa um conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa [...]”.

Ana Paula de Barcellos¹³, por sua vez, ao tratar dos elementos componentes da ideia de mínimo existencial, explica que:

a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade, estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos deverá se investir.

Vista a ideia do mínimo existencial e o seu núcleo, passa-se analisar o cerne da questão a ser enfrentada neste tópico, qual seja, pode o Poder Público, pautado em sua limitação orçamentária, alegar a existência de reserva do possível como forma de se escusar a cumprir direitos básicos insculpidos no texto constitucional?

Para Marcelo Novelino¹⁴ a possibilidade dos entes públicos alegarem a reserva do possível como forma de afastar os direitos que compõe o mínimo existencial é bastante discutida havendo quem defenda, por um lado, não existir um direito absoluto ao mínimo existencial, cabendo ao Estado demonstrar ser o direito pleiteado indispensável. Pelo outro, há quem atribua um caráter absoluto ao mínimo existencial, devendo preponderar sobre a cláusula da reserva do possível.

¹²BARROSO, op. cit., p.202.

¹³BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2002, p.245-246.

¹⁴NOVELINO, op. cit., p.523 e 524.

Nessa toada o Supremo Tribunal Federal¹⁵ já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria no julgamento do Recurso Extraordinário de número 482.611/SC. Na ocasião o Ministro Celso de Mello, relator do recurso, ao proferir seu voto, ressaltou a “impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula de reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”.

Conclui-se, assim, segundo o entendimento jurisprudencial acima esposado, que Poder Público não poderá alegar a incidência da referida cláusula sempre que ela vier a inviabilizar o exercício dos direitos sociais inseridos no contexto do chamado mínimo existencial, portanto, essenciais a dignidade do indivíduo.

Entretanto, lembre-se, os direitos sociais insculpidos no texto constitucional somente podem ser efetivados de maneira plena e satisfatória mediante a presença de recursos financeiros cabendo ao juiz, portanto, em cada situação concreta, ponderar se aquela pretensão deduzida e dirigida em face do Estado é razoável e proporcional, afim de não acarretar um ônus excessivo ao erário público.

3- PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICABILIDADE EM FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA DISCUSSÃO EM TORNO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

O presente capítulo tem por escopo analisar o cerne deste trabalho de pesquisa, consistente em verificar, no âmbito do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, o embate entre o princípio da reserva do possível e a ideia de mínimo existencial, à luz dos entendimentos mais recentes dos tribunais superiores.

O princípio da reserva do possível, analisado em momento anterior, consubstancia uma limitação de ordem fática e jurídica oponível a plena efetivação e consecução de direitos fundamentais, em especial aqueles direitos obrigacionais que impõe uma atuação positiva por parte do Estado, devendo ser estudado sob os seus três prismas fundamentais: disponibilidade jurídica; disponibilidade fática; proporcionalidade e razoabilidade nas prestações a serem exigidas.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT n°482.611*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8548112/recurso-extraordinario-re-482611-sc-stf>>. Acesso em: 28 ago.2018.

Nessa toada, muito embora a Constituição da República¹⁶, em seu art.196, determine expressamente que a saúde é um direito de todos, devendo ser provida pelo Poder Público mediante a elaboração de políticas públicas e sociais voltadas para esses fins, em algumas situações, sobretudo naquelas em que se reclamam prestações estatais de alto custo, a exigência constitucional torna-se inviável sendo necessário, portanto, com o fito de alocação dos recursos públicos, invocar o princípio da reserva do possível.

A reserva do possível, apesar de fundamental, dado o caráter escasso dos recursos públicos que permeiam a implementação de direitos fundamentais sociais, não poderá ter a sua aplicação banalizada, sob o risco de eximir o Poder Público de cumprir o dever constitucionalmente previsto. Nesse sentido, a prestação do direito social, além de levar em consideração a capacidade financeira do ente público, também deverá considerar a importância do direito a ser resguardado, tomando por base a ideia de mínimo existencial, explicada e aprofundada em capítulo anterior, para o qual se remete.

Revistos os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, passa-se a analisar o cerne desta questão, qual seja se incide, em todo e qualquer caso, a reserva do possível no âmbito do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, ou se ela deverá ser compatibilizada com o mínimo existencial.

Importante, neste ponto, comentar o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada de número 175- CE, pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷, que fixou parâmetros de atuação do Poder Judiciário nos casos envolvendo demandas que tratem do fornecimento de medicamentos, servindo de paradigma para os demais tribunais.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸ ao comentarem a referida decisão afirmaram que o Supremo Tribunal Federal levou em consideração, primeiramente, a existência, ou não, da respectiva política estatal que abarque a prestação de saúde exigida pela parte. Desta forma o Judiciário, ao viabilizar uma política formulada pelo SUS, não está criando qualquer política pública, mas apenas determinando o cumprimento de uma política já existente.

Num segundo momento deverão ser analisadas as motivações que levaram o SUS a negativa do fornecimento de determinada prestação, porquanto, em inúmeros casos, ações são

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA AGR nº175*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>>. Acesso em: 13 ago.2018.

¹⁸ MENDES; BRANCO, op. cit., p.725.

ajuizadas obrigando o SUS a garantir uma determinada prestação que ele decidiu não custear pela ausência de respaldo científico para autorizar sua inclusão.

Prosseguem os citados autores¹⁹, nesse interim, dizendo que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer prestação de saúde geraria um comprometimento do próprio SUS, tornando prejudicado o atendimento médico devendo, como regra, ser priorizado o tratamento oferecido pela rede pública em detrimento daquele escolhido pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficiência da política de saúde já existente.

Por fim registre-se a indispensabilidade da realização de uma instrução processual, com farta produção de provas, de sorte a permitir ao julgador, em qualquer situação, analisar as peculiaridades do caso concreto.

Estabelecido que a Suprema Corte fixou parâmetros para a atuação do Judiciário nos demais casos envolvendo o fornecimento de medicamentos, servindo de paradigma aos tribunais, questiona-se se seria possível ao Judiciário, nesse sentido, compelir os entes públicos a fornecerem medicamentos de alto custo, não listados pelo SUS.

No tocante aos medicamentos não listados pelo SUS cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça²⁰, recentemente, no julgamento do Recurso Especial de nº1657.156- RJ, entendeu ser possível a concessão do medicamento, desde que observados, cumulativamente, três requisitos, a saber: comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade do paciente de arcar com o medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária(ANVISA).

Ressalta-se, entretanto, que apesar da referida decisão tomada na sistemática dos recursos repetitivos, a questão do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS ainda encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal por meio dos Recursos Extraordinários de nº 556.471²¹ e nº 657.718²².

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº1657.156*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/relatorio-e-voto-574252536?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 set.2018.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº566.471*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630529/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-566471-rn-rio-grande-do-norte>> Acesso em: 17 set.2018.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº657.718*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629411/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-657718-mg-minas-gerais/inteiro-teor-311629421?ref=juris-tabs>> Acesso em:18 set.2018.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa abordou e discutiu a temática do princípio da reserva do possível e sua inaplicabilidade em face do mínimo existencial à saúde, tendo como objeto central de discussão a seara dos medicamentos de alto custo não listados pelo SUS- Sistema Único de Saúde, chegando-se a conclusão que, apesar do Supremo Tribunal Federal, no de ano de 2004, quando do emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 45, da lavra do ministro Celso de Melo, ter decidido pelo afastamento da reserva do possível quando confrontada com o mínimo existencial, isto é, com o catálogo mínimo de direitos assegurados pela Constituição da República, as questões pertinentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo não abarcados pelo SUS ainda encontram-se pendentes de julgamento na Suprema Corte.

Importante destacar, nesta seara, que a saúde, enquanto pressuposto básico e indispensável para que o cidadão tenha uma vida digna, fora erigida pelo legislador constituinte de 1988 como um direito social fundamental dentro da atual Constituição da República, incumbindo ao Estado a garantia de seu acesso de maneira universal, irrestrita e igualitária a todos os indivíduos, mediante a elaboração e consecução de políticas públicas afirmativas.

Entretanto, enquanto direito de cunho prestacional, a saúde necessita, para a sua plena efetivação e concretização, da alocação de recursos públicos os quais, por vezes, dada a situação de escassez, obrigam o Poder Público a tomar decisões no sentido de como alocar tais recursos, priorizando determinadas questões, não se mostrando aptas a resolver todas as necessidades dos cidadãos fazendo com que estes, muitas vezes, tenham de recorrer ao Judiciário como forma de obrigar o ente público a cumprir aquilo que está diretamente previsto na Constituição.

A atuação do Poder Judiciário ganha relevância, sobretudo quando da eventual colisão entre direitos fundamentais, exigindo que seja realizado um juízo de ponderação como forma de não comprometer o orçamento público. De fato, em que pese à eficácia dos direitos sociais assegurados constitucionalmente esteja intrinsecamente ligada as questões orçamentárias, estas não podem servir como óbice a eximir o Estado de qualquer responsabilidade, comprometendo a plena efetivação daqueles direitos de sorte que, conforme o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, na citada ADPF número 45, a reserva do possível deverá ser afastada quando violado o catálogo mínimo de direitos expressos na Constituição.

No tocante ao fornecimento de medicamentos destacou-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada de número 175, acabou por fixar diretrizes para que o Judiciário pudesse atuar nas demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, sendo certo, todavia, conforme amplamente demonstrado, que tais parâmetros fixados não eram seguidos por juízes e tribunais que, em sua atuação prática, na resolução dos litígios, continuavam a conceder aquela prestação de maneira irrestrita, sem observar as peculiaridades dos casos concretos as quais lhe foram submetidos para o seu julgamento.

Ademais, ainda no que tange ao fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, cerne do trabalho de pesquisa, destacou-se a recentíssima orientação do Superior Tribunal de Justiça, firmada na sistemática dos recursos repetitivos, que autorizou o Poder Judiciário a compelir o ente público a fornecer medicamentos não relacionados nas listas do SUS, desde que, cumulativamente: comprove, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; demonstre a incapacidade do paciente de arcar com o medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária(ANVISA).

Percebe-se, portanto, que o objetivo deste trabalho de pesquisa, qual seja, analisar a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível frente ao chamado mínimo existencial, considerando o fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, fora devidamente cumprido, muito embora, apesar da decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, repita-se, em recurso repetitivo, a questão dos medicamentos de alto custo ainda encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, em que pese a jurisprudência pátria tenha consolidado o seu entendimento no sentido de prestigiar o mínimo existencial em detrimento da reserva do possível, é necessário sempre reforçar que cabe ao magistrado, em cada caso concreto, avaliar as suas peculiaridades e realizar, sempre que possível, um juízo de ponderação, afim de não comprometer o orçamento público.

Por derradeiro deve ser salientado que esta pesquisa teve um grau significativo de importância, haja vista ter contribuído para um maior conhecimento, compreensão e aprofundamento do tema que, embora tenha jurisprudência firmada, ainda padece de discussões, sobretudo no tocante aos medicamentos de alto custo não listados pelo SUS.

Também não se pode deixar de ressaltar o relevante cunho social do tema direito à saúde, visto que sua abordagem relaciona e lida diretamente com os interesses da coletividade. Assim, sendo a saúde erigida a condição de direito fundamental, essencial a uma vida digna, nesse contexto, se faz necessário ressaltar o quão o Brasil é deficitário em sua prestação por meio da ausência de adoção de políticas públicas eficientes e afirmativas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. *O controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-controle-judicial-das-politicas-publicas,47240.html>> . Acesso em: 20 maio.2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 maio. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº 410715- AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº482.611*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8548112/recurso-extraordinario-re-482611-sc-stf>>. Acesso em: 28 ago.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA AGR 175*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>>. Acesso em: 13 ago.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº1657.156*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/relatorio-e-voto-574252536?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 set.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº657.718*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629411/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-657718-mg-minas-gerais/inteiro-teor-311629421?ref=juris-tabs>>. Acesso em:18 set.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº566.471*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630529/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-566471-rn-rio-grande-do-norte>>. Acesso em: 17 set.2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2002, p.245-246.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. *Curso de Direito Constitucional*.3.ed. Bahia: Jus Podivm, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. Bahia: Jus Podivm, 2015.