

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

JUVÊNIO BORGES SILVA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Juvêncio Borges Silva; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-717-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

Diante do êxito dos cinco eventos virtuais anteriormente realizados, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI – manteve, no primeiro semestre de 2023, o sexto evento do gênero, que teve como temática principal “Direito e Políticas Públicas na era Digital”. E foi, como uma das salas temáticas desse evento, que o Grupo de Trabalho “Direitos Sociais e Políticas Públicas III” reuniu-se para a discussão de assuntos ecléticos orientadores da efetivação dos direitos sociais pelo estado, com proposição de políticas públicas assertivas, condizentes com os atuais anseios da sociedade brasileira. Foram os seguintes, por título, autores e síntese, os textos debatidos no âmbito do GT:

-1. “Nudge: Paternalismo libertário e tomada de decisão em políticas públicas”, de Daniela Gonçalves de Carvalho. No trabalho, a autora traz ao leitor uma abordagem sobre Análise Econômica do Direito, AED, e Políticas Públicas. Discorre que ao direito falta uma metodologia concreta e científica para o estudo de políticas públicas, sendo comum utilizar-se métodos da gestão pública ou da ciência política. A AED, além de propiciar um método empírico unindo métodos de economia e conceitos jurídicos, traz diversas ferramentas interessantes dentro da economia comportamental. Por isso, demonstra que a utilização dos instrumentos fornecidos pela economia comportamental em políticas públicas, é capaz de promover inclusão do cidadão nas decisões através de um “empurrãozinho” do paternalismo libertário, aumentando a potencial eficiência. No estudo, a autora propõe o uso da criatividade do gestor tomador de decisões em políticas públicas aliada à coragem de inovar, com vistas ao cumprimento das missões constitucionais do Estado através de políticas públicas. Traz-se, então, com base nos ensinamentos de Cass Sunstein e Richard Thaler, em sua obra Nudge, vencedora do prêmio Nobel de Economia no ano de 2017, o Nudge como sugestão. A cabo, demonstra casos de sucesso da utilização desse instrumento mundo afora, apresentando ao leitor este verdadeiro mecanismo de gestão.

2 - “Dos impactos da automação decorrente da inteligência artificial nos países periféricos: necessidade da adoção de políticas públicas visando garantir o direito fundamental de proteção da pessoa humana face à automação”, de Leonardo Santos Bomediano Nogueira e Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya. No texto, os autores trazem uma reflexão sobre os impactos da automação decorrente da inteligência artificial sobre o trabalho humano, com foco nos países periféricos. O objetivo é demonstrar que a inteligência artificial mudou o paradigma da automação, tendo o potencial de impactar de forma significativa o mundo do

trabalho nos próximos anos e décadas. Assim, considerando que a pessoa humana possui um direito fundamental em face do processo de automação, devem os Estados Nacionais adotarem políticas públicas que protejam os trabalhadores atingidos por esse processo tecnológico. Nos países periféricos, onde a situação econômica e social da população é mais aguda, a adoção de políticas públicas deve ser mais agressiva. Assim, os países periféricos não devem adotar políticas públicas visando a mera requalificação dos trabalhadores atingidos pelo processo de automação decorrente da inteligência artificial, mas pensar na adoção de uma renda universal, direcionada principalmente para a população que não consiga se requalificar. As soluções para os problemas advindos deste novo processo de automação, devem ser pensadas e estruturadas de acordo com as realidades locais, principalmente a fim de dar efetiva segurança as pessoas impactadas. Para tanto, o artigo adotou o método hipotético-dedutivo, utilizando-se de livros e artigos científicos produzidos no Brasil.

3 - “Do constitucionalismo contemporâneo às políticas públicas: uma análise acerca da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho”, de Platon Teixeira de Azevedo Neto e Dyeire Nayara Garcia Manjela. No artigo, os autores propõem discutir a efetivação do direito de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, abordando questões relacionadas ao constitucionalismo contemporâneo, espetacularização dos direitos constitucionais e políticas públicas. Para tanto, valendo-se da perspectiva crítica do constitucionalismo contemporâneo e do modelo dialógico da Administração Pública, examinam possíveis falhas de monitoramento das políticas de inclusão e ineficiência dos meios de controle jurídico-constitucional de políticas públicas. Também se propõe ao estudo dos mecanismos de diálogo participativo na atuação administrativa. Como resultado, o estudo aponta para a necessidade de articulação entre a política pública que estabelece quotas a serem cumpridas pela unidade empregadora, e a política de indução que consolida a rede de apoios aos envolvidos. Referida interseccionalidade fortalece ambos os programas de inclusão, o que promove o arrefecimento da judicialização dos direitos sociais dado a sua substituição pela tomada de decisão compartilhada em espaços públicos que deve favorecer a democracia. Pretende-se, com o estudo, contribuir para a reflexão acerca da abordagem crítica dos direitos constitucionais, notadamente, no que se refere à necessidade de monitoramento das políticas de inclusão e a eficiência dos meios de controle jurídico-constitucional de políticas públicas. Além disso, propõe-se mecanismos de diálogo participativo na atuação administrativa de modo a auxiliar na efetivação dos direitos sociais e promover a democracia.

4 - “Direito à educação de qualidade voltado às pessoas com transtorno do espectro autista”, de Ricardo da Silveira e Silva e Gustavo Henrique Silva Pinto. Trata-se de trabalho que tematiza o teor da legislação vigente acerca do direito à educação das pessoas com transtorno

do espectro autista à luz da Constituição Federal e legislação infraconstitucional, valendo-se do método hipotético-dedutivo, e, como técnica de pesquisa, do estudo doutrinário e documental pertinente à matéria. Tem como objetivo a análise do estado atual do conhecimento acerca da necessidade de ofertar educação de qualidade às pessoas com autismo, considerando ser este um direito fundamental e precursor da dignidade da pessoa humana. Ainda, o objetivo geral do estudo é demonstrar a educação de qualidade como um direito fundamental, inerente à personalidade, garantidor da dignidade humana. O escopo específico do trabalho é identificar os direitos positivados que garantem às pessoas com autismo o acesso à educação de qualidade e continuada, bem como demonstrar o dever do Estado, da família e da sociedade de promovê-la.

5 - “Corrupção institucional no Judiciário: apontamentos sobre políticas públicas e a Lei de Abuso de Autoridade”, de Nélia Mara Fleury e Andrea Abrahão Costa. As autoras discorrem no texto que uma administração estatal eficaz é um desafio robusto para qualquer Estado e também para o brasileiro, diante das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Nesse sentido, quando questões sociais e políticas como a corrupção, especialmente a institucional, são atreladas a órgãos públicos, ameaçam o regular funcionamento dos Poderes. O objetivo do artigo é abarcar como a corrupção pode interferir nos deveres dos agentes públicos, no âmbito do Judiciário, e na entrega do resultado esperado para a coletividade. Além disso, espera-se contribuir com a discussão no que tange à corrupção e as possíveis políticas públicas de enfrentamento, lançando luz às patologias corruptivas e relacionando o fenômeno corrupção com a abordagem de Direito e Políticas Públicas (DPP), tendo como instrumento de análise a Lei de Abuso de Autoridade. A metodologia abordada é exploratória, com a pretensão de analisar – utilizando-se do método dedutivo –, a inserção de problemáticas que envolvem a corrupção institucional na agenda política (agenda setting), e como o monitoramento dessas políticas públicas é realizado, inclusive a que se manifesta sobre a forma de abuso de autoridade no Brasil, por meio da Lei n. 13.869/2019.

6 - “Democracia e poder de interferência da mídia no processo de argumentação pública”, de Thaís Rodrigues de Chaves e Neuro José Zambam. No trabalho que ora se apresenta, os autores tratam das formas de interferência da mídia no processo de argumentação pública e destacam seus efeitos nocivos à sociedade, quando produzida a informação em desconexão com a verdade, impedindo desta forma a evolução da democracia. As mídias, quando cumprem o seu papel de informar com integridade e transparência, são importantes ferramentas para o fortalecimento da democracia e elaboração de políticas públicas que visam beneficiar a equidade social, especialmente, corrigindo as desigualdades injustas por meio da promoção dos menos favorecidos. Para tanto, o estudo adotou como metodologia

uma abordagem dedutiva a partir de referências bibliográficas de Amartya Sen. Ao fim, foi possível identificar ao menos oito técnicas de manipulação da informação utilizadas pelas mídias que, uma vez distorcendo a realidade de fatos noticiados, acabam por influenciar a formação da opinião popular e interferem na argumentação pública, com isso influenciando também as decisões da população e, por conseguinte, ditando rumos diversos para a condução de políticas públicas.

7 - “Controle social das políticas públicas na educação inclusiva: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6590”, de Flávia De Paiva Medeiros De Oliveira e Drielly Cinthya Alves Nogueira. No texto, as autoras sustentam que as políticas públicas no âmbito da educação inclusiva serão indispensáveis para combater processos de marginalização e discriminação de grupos tradicionalmente excluídos do contexto educacional. Deste modo, procedeu-se à análise do papel do controle social na ADI 6.590, relacionada ao Decreto n.º 10.502/2020, que instituiu uma nova Política Nacional de Educação Especial, visto que tal dispositivo reverberaria em políticas públicas na área. Assim, o artigo objetiva analisar a influência do controle social, no contexto da ADI 6.590, nas políticas públicas de educação inclusiva. A pesquisa, de natureza qualitativa, utilizou o método dedutivo de caráter descritivo, através da análise de produção acadêmica, documental e legislação referente à temática abordada. Por fim, as autoras concluem que o controle social, no âmbito da educação inclusiva, demonstra ser instrumento relevante no processo de formulação, implantação e avaliação de políticas públicas e a sua utilização promove a participação da sociedade nas ações do governo.

8 - “As plataformas de mídias sociais e o enfrentamento da desinformação: um ensaio sobre a regulamentação e as políticas públicas como alternativas”, dos autores Oniye Nashara Siqueira, José Antônio de Faria Martos e Lauro Mens de Mello. Defendem os autores que o crescimento e a disseminação exponenciais das plataformas de mídias sociais, entendidas como as estruturas de intermediação de conteúdo online entre interessados, têm proporcionado a expressiva modificação da experiência social no Brasil. A carência regulatória, até então decorrente da política excepcionalista de não intervenção no ciberespaço permitiu que estes espaços se tornassem um campo fértil para a propagação de desinformação, discursos de ódio e outros conteúdos ilícitos. Com isso, desenvolve-se no trabalho a discussão sobre a necessidade de interferência estatal nas mídias sociais, a fim de regulamentar sua atuação e proporcionar, com isso, a criação de um espaço plural, democrático e informativo. Aborda-se inicialmente o funcionamento dos algoritmos utilizados pelas plataformas, buscando esclarecer o modo como a desinformação influencia a sociedade e é um malefício a ser combatido pelo Estado, para, posteriormente, apontar as áreas passíveis de regulamentação. Traz-se, ainda, como alternativa a concepção de políticas

públicas, especialmente voltadas à alfabetização midiática da população, e sua passível contribuição para o enfrentamento da desinformação como uma problemática multifacetária. Para tanto, aplicou-se o método de abordagem dialético-jurídica, associado à pesquisa bibliográfica, concluindo que o combate à desinformação é uma pauta que exacerba o âmbito privado das plataformas, interferindo diretamente em diversas áreas da sociedade, sendo, portanto, matéria a ser tratada pelo estado por meio de regulamentação e de políticas públicas.

9. "Aplicação da teoria gerencialista utilizando os honorários advocatícios sucumbenciais na gestão da procuradoria do município de Itapema/SC", dos autores Marcos Vinícius Viana da Silva, Patrick Sena Sant Ana e Jose Everton da Silva. O artigo propõe analisar a aplicação da teoria gerencialista no Brasil que se seguiu ao fim do Estado de Bem-estar Social, consistente na aplicação das diretrizes do universo privado na esfera pública, importando as medidas que não contrariem os princípios da administração pública. A pesquisa teve, portanto, o objetivo de verificar se a divisão dos honorários sucumbências pelos procuradores municipais pode melhorar o desempenho da procuradoria, promovendo para tanto uma pesquisa de natureza qualitativa com os procuradores. Para atingir esse objetivo promoveu-se inicialmente a conceituação da teoria gerencialista e sua aplicação, abordando em sequência os honorários sucumbências, sua divisão e a discussão envolvendo o Supremo Tribunal Federal, quando da aplicação da legislação junto as procuradorias municipais. Na terça parte da pesquisa analisou-se especificamente o município de Itapema em Santa Catarina, expondo quais foram os ganhos para a procuradoria e municipalidade com a implementação do rateio dos honorários sucumbências, concluindo que a divisão dos honorários sucumbências pode ser considerado como reflexo da teoria gerencialista, e ainda, que sua implementação foi benéfica não apenas ao procuradores, mas como ao município e seus cidadãos. Informa-se ainda, que a metodologia empregada na presente pesquisa foi a dedutiva, através da revisão bibliográfica e documental sobre o tema, além da execução de estudo de caso, com análise qualitativa na coleta e tratamento dos dados.

10. "A Reserva do possível e a entrega judicial do medicamento zolgensma: uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal", de autoria de Luiz Fernando Mendes de Almeida. O artigo teve como objetivo analisar a razoabilidade do fornecimento pela administração pública do medicamento Zolgensma, conhecido como o medicamento mais caro do mundo, para tratamento da AME (atrofia muscular espinhal), até então incurável, tendo em vista o elevado número de pessoas necessitadas de prestação de serviços de saúde na rede pública. Discutiu-se a teoria da reserva do possível, argumento defensivo comumente utilizado pela Fazenda Pública em processos judiciais que determinam a realização de políticas públicas e seu cabimento em casos como do fornecimento do Zolgensma. Conclui-se que não obstante o fato de que as decisões judiciais devem ser cumpridas e o Estado deve atuar para garantir que

os direitos sociais sejam efetivados, a reserva do possível deve voltar a fazer parte das decisões judiciais, no aspecto de ser conferido aos Poderes legitimados o pleno exercício de suas competências.

11. "Análise filosófica de políticas públicas sob a ótica do direito ao desenvolvimento na concepção rawlsiana e seniana", de autoria de Daniel de Almeida Alves e Lucas Catib De Laurentiis. O artigo objetivou demonstrar a ineficiência de fórmulas prontas para elaboração de possíveis políticas públicas bem como desconstruir a ideia de políticas públicas que sejam calcadas em critérios estritamente econômicos, uma vez que a análise e aplicação de uma determinada política pública depende de aspectos atrelados à avaliação e à eficiência para que se almeje ao objetivo do direito ao desenvolvimento. Desta maneira, o artigo procedeu a uma reflexão filosófica por intermédio da justiça distributiva e nas instituições básicas da sociedade ao perscrutar de quais seriam os princípios de justiça que seriam aplicados em um Estado Moderno e os seus ideais de instituições, sem descuidar das doutrinas do utilitarismo, perfeccionismo e intuicionismo, concluindo que possíveis políticas públicas que possuam como objetivo o direito fundamental ao desenvolvimento não podem prescindir da instrumentalização das concepções filosóficas de John Rawls e Amartya Sen, de vez que podem fornecer aportes epistemológicos importantes para a elaboração de políticas públicas mais eficientes no que se refere à realização do direito ao desenvolvimento em seu sentido pleno.

12. "Análise econômica das cotas raciais para negros previstas no artigo 3º da Lei n. 12.711/2012", de autoria de José Mario Macedo Pereira Hauare e Claudia Maria Barbosa. O artigo tem como objetivo analisar se o disposto no artigo 3º da Lei n. 12.711/2012 está cumprindo com o objetivo de ampliar o acesso a pessoas autodeclaradas negras ou pretas, pardas e indígenas ao sistema público de ensino. Para tanto, primeiramente fez-se um breve histórico da análise econômica do direito, em especial, a teoria de North e de Williamson. Na sequência tratou-se o tema do racismo e da escravidão e como esses fatores moldaram a situação social do negro e da negra do Brasil. Em seguida, foram trazidos dados relativos à condição do negro na sociedade brasileira. Por fim, com base na análise econômica do direito, foram apresentados dados preliminares que revelam resultados positivos da lei, além de que é necessário criar mecanismos para que esse permaneça e se forme nela também, de forma que a realidade social não seja mais conduzida pelo racismo. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com pesquisa documental e bibliográfica.

13. "A reinserção dos trabalhadores resgatados do trabalho análogo ao escravo e a capabilities approach de Amartya Sen", de autoria de Ana Carolina Mendes de Albuquerque, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury. O artigo objetiva discutir se a política pública de

reinserção dos resgatados do trabalho em condições análogas às de escravo, proposta pelo Movimento Ação Integrada (MAI), pode ser considerada uma forma de concretização da capabilities approach de Amartya Sen, ao buscar inseri-los no mercado de trabalho formal e decente, em atividades compatíveis com suas individualidades. Para tanto, primeiramente, descreveu-se as medidas adotadas pelo estado brasileiro para a reinserção dos resgatados e as dificuldades que comprometem a sua efetividade, entendida como a capacidade de promover os resultados pretendidos. A partir desse contexto, analisou-se como a teoria da capabilities approach de Amartya Sen pode contribuir para a implantação de políticas aptas a superar as dificuldades para a inserção ou a reinserção no mercado de pessoas resgatadas de trabalho forçado. Por fim, buscou-se perquirir se a política pública proposta pelo MAI pode ser considerada como uma forma de concretização da teoria de Sen. A pesquisa foi descritiva, com a colheita de dados e de informações em documentos oficiais e consulta à doutrina especializada, a textos acadêmicos e à legislação aplicável.

14. "A participação como lugar de proteção: da inovação social para construção de comunidades imaginadas", de autoria de Luciana Neves Gluck Paul e Fernanda Jorge Sequeira. O artigo analisa a gestão descentralizada de fundos ambientais e a participação das comunidades do entorno de grandes empreendimentos ou afetadas por eventos climáticos nas deliberações/ decisões sobre a alocação e execução de tais recursos. O método consistiu em revisão bibliográfica sobre o assunto, com análise dedutiva e qualitativa a fim de avaliar quais seriam os parâmetros mínimos que devem ser observados como forma de garantir uma efetiva participação das comunidades afetadas em prol da construção de uma democracia socioambiental, em que os diálogos e os locais de "fala e escuta" estejam atentas ao "mundo da vida" de acordo com a matriz do sociólogo Jürgen Habermas, como forma de solução de conflitos coletivos.

15. "A participação cidadã em observatórios sociais como propulsora do desenvolvimento econômico", de autoria de Henrique Lacerda Nieddermeyer , Debora Loosli Massarollo Otoboni e Daniela Ramos Marinho Gomes. O artigo analisa a participação cidadã em observatórios sociais como mecanismo e fonte propulsora do desenvolvimento econômico no país. Constatou-se que os Observatórios Sociais surgiram na década de 1990, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em seguida considera-se que isso foi possível por meio das novas leis de acesso à informação, da criação dos Conselhos Gestores das Políticas Públicas e dos mecanismos de participação nos Planos Diretores Municipais. Na sequência afirma e descreve que o Observatório Social destaca-se como uma associação não-governamental formada por voluntários apolíticos sem vínculo com a gestão pública municipal e câmara e que o trabalho dos voluntários em tais organizações consiste em monitorar a produção legislativa, difundir a educação fiscal e realizar o acompanhamento dos recursos públicos

municipais. Conclui que com o progresso na tecnologia, sobretudo com as redes sociais, a participação cidadã tem se mostrado cada vez mais presentes e o gestor tende a ficar mais atento em como tornar essa colaboração positiva e eficiente para seu município. Este artigo tem como objetivo destacar a importância da participação cidadã por meio dos Observatórios Sociais e seus benefícios financeiros. O estudo baseou-se em uma pesquisa exploratória, com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico atualizado sobre o tema.

16. "A não priorização do saneamento básico na formação da agenda de políticas públicas no Brasil", de autoria de Marcos André Alamy e Paulo Afonso Cavichioli Carmona. O artigo teve como objetivo apresentar aspectos controversos e incontroversos que permeiam a definição da agenda de políticas públicas no Brasil, demonstrando a ausência de priorização da universalização do acesso ao saneamento básico. Constatou-se que a omissão governamental pode ser percebida em indicadores e no não atingimento de metas. Primeiramente são apresentadas as fragilidades presentes no processo de definição da agenda de políticas públicas. Na sequência, é abordado o fracasso no acesso universal ao saneamento básico em decorrência da não priorização dos serviços na agenda governamental brasileira. O último tópico, a agenda político-eleitoral é evidenciada como causa direta da postergação na adoção de medidas eficazes para solução dos problemas relacionados ao saneamento básico. Conclui-se que: 1) a edição e reedição de "marcos legais", por si só, não implica em solução para a questão do acesso universal ao saneamento básico; 2) a persistência de inúmeros lixões e a pequena alocação de recursos destinados ao saneamento no Orçamento Geral da União, levam a baixa expectativa quanto à eficácia das novas diretrizes legais. 3) a relevância do estudo está ligada à necessidade de se repensar a agenda da política de saneamento básico no Brasil e, principalmente, de se adotar medidas efetivas condizentes com a modernidade da legislação. Foi utilizada a pesquisa exploratória de caráter teórico com privilégio da análise de conteúdo dos textos legais e doutrinários.

17. "A inclusão da pessoa com deficiência ao ambiente artificial e cultural", de autoria de Cristina Veloso De Castro, Renata Aparecida Follone e Rubia Spirandelli Rodrigues. O artigo considera que o meio ambiente pode ser traduzido em diferentes espécies, em razão das suas características devendo ser identificado como um meio que gere um ambiente para a vida em sociedade. Considera também que os avanços nas legislações sobre o tema, tem possibilitado um olhar mais claro da sociedade atual sobre as minorias. Na sequência o artigo analisa que o grande desafio a todos que integram esse meio como os setores público e privado e a sociedade em geral, no intuito de eliminar barreiras para a efetivação da acessibilidade, que essa deve promover a integração social plena da pessoa com deficiência, pois ao limitar ou excluir determinado usuário deixa de cumprir parte da função social e dos

direitos garantidos pela Constituição Federal para tutelar uma vida saudável com a finalidade de proteger o meio ambiente artificial em benefício da coletividade como um todo. Conclui que o meio ambiente urbano não pode ser classificado apenas como artificial, mas o tem em sua composição e, ainda, ter-se como objetivo a construção de uma “cultura de acessibilidade” e a remoção de barreiras ambientais básicas e a implementação de políticas públicas efetivas, que traduzam no respeito das diferenças, é um incluir sem excluir.

18. "A lei geral de proteção de dados (LGPD) e a inteligência artificial como ferramentas de combate à violência doméstica, familiar e de gênero" de autoria de Patricia Da Conceicao Santos e Senivaldo Dos Reis Junior. O artigo aborda a aplicação da Inteligência Artificial (IA) no Poder Judiciário, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o seu uso no auxílio ao combate à violência doméstica, familiar e de gênero, prevista na Lei n. 11.340 /2006. Foram discutidos os benefícios da IA no Poder Judiciário, sua aplicação na análise de jurisprudência e na comunicação com os cidadãos. Além disso, serão explorados os princípios da LGPD e as obrigações que ela cria para as instituições públicas e privadas que lidam com dados pessoais. Foi apresentado como a decisão da LGPD pode auxiliar no combate à violência doméstica, familiar e de gênero, protegendo a privacidade das vítimas e contribuindo para a punição dos agressores. Por fim, foram abordadas as possibilidades de aplicação da IA no combate à violência doméstica, familiar e de gênero, que deve ser considerada como um questão social e não penal, ante os impactos causados em diversos ramos da sociedade.

19. "A (Re)estruturação do serviço família acolhedora de São José dos Pinhais/PR a partir de técnicas processuais estruturais", de autoria de Antônio César Bochenek e Pâmela Hamerschmidt. O artigo tratou, indiscutivelmente, de um tema que precisamos debelar e que é essa situação gravíssima ainda existente sobre a demanda e o funcionamento acerca de famílias acolhedoras, apesar dos avanços da Carta Magna e do Estatuto da Criança e do adolescente. Enfim, as especificidades dos casos em São José dos Pinhais exigem, pois, uma ação reparadora direta.

20. "A atividade Minerária em Belo Horizonte: Percurso histórico, legislação de concessão de Lavra e proposta de ensino acerca da mineração nas Escolas Públicas", de autoria de Leonardo Vinícius Xavier de Souza e Simara Aparecida Ribeiro Januário. A referida pesquisa apresentou um tema próprio às características históricas da mineração em Minas Gerais. E assim inovou ao ressaltar a presença de uma certa estigmatização dessa atividade no imaginário coletivo, afastando até mesmo o carácter social do mesmo.

21. "A Educação Inclusiva no Estado Constitucional Dirigente: Problematicidades no Decreto Federal número 10502/2020". De autoria Rodrigo Bastos de Araújo e Matheus Martins de Oliveira. Tratou-se de um trabalho que visou o aprofundamento do ordenamento jurídico Pátrio para com o Direito Fundamental social à educação inclusiva de pessoas com deficiência - PCD`S, conforme a CRFB de 1988 e tomando-se em conta o Neoconstitucionalismo, como possibilidade de avanço nessa proteção inclusiva e acolhedora.

22. "A conceitualização normativa de Trabalho análogo ao de Escravo e seus impactos nas Políticas Públicas", de autoria de Arianne Albuquerque de Lima Oliveira e Ana Paula de Oliveira Sciammarella, O artigo propõe um debate sobre a conceitualização normativa do trabalho escravo contemporâneo, com base na análise dos projetos de lei que visam modificar o atual conceito previsto no art. 149 do Código Penal, o qual prevê que trabalho análogo ao de escravo pode se dar a partir de: trabalho forçado, servidão por dívida, jornada exaustiva e /ou condições degradantes de trabalho. Trata-se de cuidar de não se reduzir os preceitos assegurados no art. 149 do Código Penal.

23. "A efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, por meio da implantação de Políticas Públicas", de autoria de Anna Carolina Cudzynowski e Jorge Shiguemitsu Fujita. O trabalho visou realizar uma análise acerca da inequívoca validação dos Direitos Fundamentais (Direitos estes amplamente consagrados na Carta Magna, no Título II - Direitos e Garantias Fundamentais), por intermédio da adoção e implementação de políticas públicas que objetivam, sobremaneira, a eliminação das desigualdades (especialmente) as de cunho social, como por exemplo a proteção dos menos favorecidos, por meio da resolução de problemas politicamente definidos como públicos, e assim fornecer a garantia da efetivação dos direitos de índole Fundamental.

**A RESERVA DO POSSÍVEL E A ENTREGA JUDICIAL DO MEDICAMENTO
ZOLGENSMA: UMA ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

**THE RESERVE OF THE POSSIBLE AND THE JUDICIAL DELIVERY OF THE
DRUG ZOLGENSMA: AN ANALYSIS OF DECISIONS OF THE FEDERAL
SUPREME COURT**

Luiz Fernando Mendes de Almeida ¹

Resumo

A teoria da reserva do possível é um argumento defensivo comumente utilizado pela Fazenda Pública em processos judiciais que determinam a realização de políticas públicas. Aplicada na Alemanha, no ano de 1972, seus ecos até hoje são estudados e aplicados no Direito Brasileiro, principalmente após o advento da Constituição Cidadã, que estabeleceu vários direitos sociais, cuja obrigação de atendimento é precipuamente do Estado. Face a inevitável finitude dos recursos públicos em contraponto com a necessidade de cada indivíduo, é crescente a discussão a respeito de qual seria o limite para intervenção de decisões judiciais na realização dos ideais da Lei Maior, em detrimento das escolhas trágicas feitas pelo legislador e pelo Poder Executivo. Assim, quando se está diante de uma prestação de saúde como o fornecimento do Zolgensma, conhecido como o medicamento mais caro do mundo, para tratamento da AME (atrofia muscular espinhal), até então incurável, reacendeu a discussão em torno da reserva do possível e a satisfação do interesse do paciente.

Palavras-chave: Razoabilidade da decisão judicial, Conflito entre direito social e aplicação de recursos públicos, Reserva do possível, Posicionamento do STF sobre reserva do possível, Análise de decisões judiciais sobre reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

The reserve of the possible theory is a defensive argument commonly used by the Public Treasury in legal proceedings that determine the implementation of public policies. Applied in Germany in 1972, its echoes are still studied and applied in Brazilian Law, especially after the advent of the Citizen Constitution, which established several social rights, whose obligation to comply is primarily with the State. Given the inevitable finiteness of public resources in contrast to the need of each individual, the discussion about what would be the limit for the intervention of judicial decisions in the realization of the ideals of the Major Law is growing, to the detriment of the tragic choices made by the legislator and by the Executive power. Thus, when faced with a health service such as the provision of Zolgensma,

¹ Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR/PR. Procurador do Município de Araçongas/PR. lfmendes10@gmail.com.

known as the most expensive drug in the world, for the treatment of SMA (spinal muscular atrophy), which until then was incurable, the discussion around the reservation of the possible rekindled and the satisfaction of the patient's interest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reasonableness of the court decision, Conflict between social law and the application of public resources, Reserve of the possible theory, Stf's position on the reserve of the possible theory, Analysis of judicial decisions on the reserve of the possible

1 Introdução

Este artigo visa discutir a aplicação da teoria da reserva do possível no Direito brasileiro, a partir da análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal no fornecimento do medicamento zolgensma, considerado o medicamento mais caro do mundo, buscando compreender os argumentos favoráveis e desfavoráveis manifestados pela Corte.

Tem-se como primeira referência da aplicação da reserva do possível no cenário internacional durante um julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1972, quando foi julgada constitucional a limitação de acesso a vagas de ensino superior em universidades, a fim de se evitar um colapso nas demais áreas de atendimento público, eis que se o Estado fosse compelido a promover as vagas, faltariam recursos para outras necessidades básicas da população.

No Brasil, essa teoria foi afastada durante alguns anos, até que, no julgamento da STA 91, finalmente o Supremo Tribunal Federal entendeu como necessária a aplicação, em que se concordou com a não entrega de medicamento motivada pela limitação de recursos e uso racional para aproveitamento de um número maior de indivíduos.

O assunto é de relevante interesse, eis que, apesar do desuso da reserva do possível em homenagem a argumentos mais relevantes como a preservação da isonomia entre aqueles que aguardam atendimento no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), resta saber como o STF enfrenta o tema, eis que, com frequência, novos medicamentos de valor milionários são disponibilizados pela indústria farmacêutica, como, por exemplo, o Hemgenix¹, razão pela qual essa discussão é constante no Poder Judiciário, diante das negativas de fornecimento dos entes federativos.

Assim, apesar da recente incorporação do remédio zolgensma (em dezembro de 2022), o objetivo do estudo é justamente compreender as principais decisões judiciais anteriores, entre os anos de 2020 a 2023, observando se houve a aplicação da teoria da reserva do possível.

¹ Utilizado para tratamento da hemofilia B, uma doença que prejudica a coagulação sangue.

Desta forma, a partir de pesquisa bibliográfica, serão apresentados dados a respeito do zolgensma, a fundamentação dos direitos sociais e da teoria da reserva do possível, apresentados os casos que envolvem a dispensação (ou negativa) do medicamento, e, por fim, uma breve análise sobre os argumentos utilizados e a aplicação da teoria pelo STF.

2 Desenvolvimento

2.1 O que é o zolgensma?

O zolgensma é um fármaco produzido pela empresa Novartis, aprovado pela FDA (agência americana análoga à ANVISA em matéria de aprovação de medicamentos) em maio de 2019 e no Brasil em dezembro do ano de 2020. É prescrito para o tratamento da AME (atrofia muscular espinhal), “uma doença neurodegenerativa rara e sem cura que, sem tratamento, pode levar a criança à morte ou à dependência de respirador artificial antes dos 2 anos de idade” (BASSETTE, 2017, p. 1). A AME ocorre “quando uma versão ausente ou anormal de um gene necessário para produzir uma proteína essencial chamada gene de sobrevivência do neurônio motor (SMN), [...] que causa a morte dos neurônios que controlam os músculos (neurônios motores)” (NOVARTIS, 2021, p. 1). Os músculos do paciente se atrofiam, resultando na perda de movimento.

Segundo estimativas apuradas pela reportagem da revista Veja, no Brasil há cerca de oito mil casos de AME, sendo que, no mundo, estima-se um caso para cada dez mil nascidos.

Em termos sintéticos, o zolgensma consiste em uma terapia gênica, que segundo a fabricante, fornece “uma cópia totalmente funcional do gene SMN, que ajuda o corpo a produzir a proteína essencial para a sobrevivência do neurônio motor em quantidade suficiente”. Assim, “o gene é entregue nas células alvo, usando um vírus modificado (vetor viral) que não causa doenças em seres humanos” (NOVARTIS, 2021, p. 1).

O medicamento chamou a atenção em decisões judiciais no Brasil nos anos de 2021 e 2022 por não integrar a política de dispensação do Sistema Único de Saúde, motivado principalmente pelo seu alto custo. Afinal, seu valor aproximado é de US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares). Apesar de a dose do medicamento ser única, o zolgensma é considerado o remédio mais caro mundo, segundo o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor),

causando discussões entre a vida/saúde de um único indivíduo e o equilíbrio das finanças públicas.

2.2 Os direitos fundamentais sociais, restrições e a reserva do possível

2.2.1 Histórico e conceito dos direitos fundamentais sociais

Com a formação dos Estados ocidentais nacionais, fortemente influenciados pelos ideais burgueses, prevaleceu durante o século XIX e início do século XX, a presença de um Estado abstencionista, ou seja, que não interferisse na vida das pessoas, limitando-se a proteger os direitos conhecidos como de 1ª dimensão (vida, liberdade, propriedade, dentre outros).

Todavia, com o crescimento das desigualdades sociais, se percebeu que o Estado devia agir em alguns aspectos da vida dos cidadãos para garantir o mínimo para a existência de uma existência digna, promovendo, por intermédio de políticas públicas, direitos como acesso à saúde, à educação e à assistência social. Na lição de Gilmar Mendes, “a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos e/ou jurídicos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados” (2018, p. 1.018).

No Brasil, Ingo Sarlet lembra que desde a primeira Constituição brasileira (1824), alguns direitos sociais eram previstos de forma esparsa, sendo que a partir da Constituição de 1934 “que os direitos sociais e em geral as normas definidoras de fins e tarefas do foram inseridos na tradição constitucional brasileira”, devido à forte influência das “primeiras constituições do Estado Social (com destaque para a Constituição de Weimar)” (2017, p. 636).

Ele ressalta que “apenas no texto promulgado em 05.10.1988 que os direitos sociais foram efetivamente positivados na condição de direitos fundamentais”, apesar de alguma doutrina discutir sua fundamentalidade até os dias atuais. (SARLET, 2017, p. 636-637)

Mas, afinal, o que a doutrina conceitua como direitos fundamentais sociais? Pedro Lenza ensina que os referidos direitos “apresentam-se como prestações positivas a serem

implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida” (2021, p. 1845).

Bruno Smolarek Dias e Vinicius Murari Borges, em artigo publicado na Revista *Ônis*, afirmam que “os direitos fundamentais sociais estão relacionados à segunda geração dos direitos humanos (Hennion, Barbier-Le Bris, Del Sol, 2010), a partir da qual se passou a buscar não mais apenas a igualdade formal de um indivíduo perante a lei, mas a igualdade material [...]” (2012, p. 6), arrematando que “o ser humano é por natureza diferente, por isso é fulcro dos direitos humanos sociais equipará-lo” (2012, p. 6). Eles apresentam exemplos de direitos fundamentais sociais presentes na Constituição, como “o direito à educação (arts. 205 a 214, CF/88), à saúde (arts. 196 a 200, CF/88), ao trabalho (art. 7º CF/88), à cultura (arts. 215 a 216, CF/88), à previdência social (arts. 201 e 202, CF/88), ao desporto (arts. 217 a 219, CF/88), etc” (2012, p. 6).

2.2.2 Possibilidade de restrição de direitos fundamentais sociais

Gilmar Mendes ensina que, por existir necessidade de envolvimento financeiro do Estado por intermédio de prestações positivas para consecução dos direitos fundamentais sociais, observa que a sua implementação “depende da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica, [...] convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas”, acentua-se a tensão entre direito e política, com a “juridicização do processo decisório” (2018, p. 1.019).

Nessa senda, a restrição a um direito fundamental social poderia ser restringida por argumentos de índole econômica, política e jurídica? O que pode ser qualificado como restrição legítima? Outra regra/princípio constitucional poderia restringir um direito fundamental social?

Antes de tratar desses questionamentos, que são um dos vieses deste trabalho, é importante apresentar as diferentes classificações de restrição. Na lição de Bruno Smolarek Dias e Vinicius Murari Borges, que, partindo da premissa que o Brasil adota um sistema

misto de regras e princípios² (Alexy), a restrição pode ser ampla ou restrita, existindo duas teorias a respeito dela, interna e externa:

De acordo com o sentido estrito a restrição é realizada a priori no ordenamento jurídico, ou seja: é quando o próprio ordenamento a autoriza. Está associado à teoria interna da restrição segundo a qual não há que se falar, necessariamente, em restrição, mas apenas em delimitação do conteúdo normativo (Machado, 2008). Por exemplo: peguemos o inciso XVIII, do art. 5º da CF, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei exigir” (grifo nosso). A parte grifada corresponde a uma delimitação do conteúdo normativo, ou seja, uma restrição parcial à efetividade do direito de livre exercício de trabalho, ofício ou profissão. Este sentido de restrição esta majoritariamente presente quando a norma analisada corresponde a uma regra. Já o sentido amplo trata de quando a restrição, que não esta expressamente autorizada pela constituição, ao direito fundamental, ocorre a posteriori, geralmente quando um ser, na maioria das vezes o Estado, através de uma ação ou omissão, embaraça a livre fruição de um direito fundamental (Olsen, 2010): Está, portanto, associada à teoria externa, segundo a qual há binômio em que de um lado temos um direito fundamental e do outro uma restrição, que pode estar personificada por outro direito fundamental. É o que ocorre, por exemplo, quando o governo impede através de uma censura discricionária a manifestação pacífica da população contra um político ou uma celebridade. Este sentido de restrição esta majoritariamente presente quando a norma analisada corresponde a um princípio. (2012, p. 8)

É nesse contexto que se insere a discussão a respeito da reserva do possível, aqui encarada como uma restrição a direito fundamental social implicada por outros princípios de igual dimensão constitucional, conforme a seguir expõe.

2.2.3 Reserva do possível e restrição a direitos fundamentais sociais

Como se sabe, a tese da reserva do possível surgiu no direito alemão, conforme ensina Gilmar Mendes:

A reserva do financeiramente possível (Vorbehalt des finanziell Möglichen) está ligada à famosa decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Numerus-clausus-Urteil*), que versou sobre o número de vagas nas Universidades do país e o fato de a liberdade de escolha de profissão ficar sem valor caso inexistentes as condições fáticas para sua efetiva fruição. Assentou-se, então, que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais. (2018, p. 1.024)

² Segundo os autores Smolarek e Borges, a CF brasileira é um misto de regras e princípios, visto que há situações que devem ser plenamente aplicáveis ou plenamente afastadas (ex. manutenção de emprego durante a maternidade), ao passo que há direitos que podem ser atendidos de modo parcial/gradativo, como a saúde e a educação (2012, p. 7-8).

Essa decisão, proferida no BVerfGE 33, 303, de 18-7-1972, decidiu a pela existência de constitucionalidade da cláusula *numerus clausus*, imposta pelo governo alemão no sentido de restringir o acesso de estudantes ao ensino superior. Como esclarece Olsen,

No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas se considerada a situação alemã do pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60 cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população (2006, p. 229-230).

Assim, arremata Olsen,

Verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável (2006, p. 232).

Essa noção de razoabilidade, de o Estado fazer tudo o que estava ao seu alcance, demonstra que a reserva do possível, no mais das vezes, se refere a uma escassez artificial, segundo o conceito de Jon Elster, especialmente no sentido de que o Poder Público faz escolhas alocativas, dedicando recursos a um determinado fim ao invés de outros, conforme ensina Olsen.

Ingo Sarlet também traz a dimensão tripla da aplicação da reserva do possível, em que também pontua a razoabilidade, a saber:

Passou-se a sustentar que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob uma “reserva do possível”, caracterizada por uma tríplice dimensão, a saber: (a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; e (c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito (2017, p. 657).

Assim, esses elementos servem de baliza para aplicação da aludida teoria, o primeiro relacionado à própria existência de “dinheiro em caixa” para custear a prestação almejada (pode-se pensar em um quadro grave fiscal, em que nenhum fornecedor deseja entregar algo voluntariamente para o ente público). Também pode ser exemplificado, infelizmente, pelo panorama que a pandemia tornou ainda mais nítido (não se discute que o Brasil é um país que

a demanda de leitos de UTI é inferior à oferta) com imensas filas para internamento, no momento de maior intensidade da contaminação na população. O segundo se refere a desigualdade na distribuição, entre as variadas esferas de governo, dos recursos obtidos através dos impostos. O terceiro é ligado a temática do presente trabalho, e será explorado a partir da análise das decisões judiciais, no próximo item, em especial se o fornecimento de um medicamento que custa dois milhões de dólares pode ser considerado razoável perante as prestações que devem ser fornecidas pelo Estado.

Isso porque, o custo para se financiar esse medicamento implica em uma complexa equação que, infelizmente, deve (ou deveria) ser ponderada pela autoridade competente, visto que não são somente os direitos prestacionais que representam despesas ao Poder Público. Conforme ensinam Holmes e Sustain na obra “o custo dos direitos”, “os direitos podem impor ao tesouro público um ônus que vai além de seu custo direto” (p. 11). Pode-se interpretar essa premissa que, ao conceder um medicamento nesse valor para um indivíduo, muitos outros certamente ficarão sem alguma tutela estatal, face a finitude dos recursos públicos.

Deste modo, para os fins deste trabalho, deve ser observado que a reserva do possível somente poderia ser aplicada a direitos fundamentais de ordem principiológica, como ensinam Bruno Smolarek Dias e Vinicius Murari Borges e, eis que afirmam ser “aceitável que a reserva do possível atinja normas de caráter eminentemente principiológico, ainda mais pelo caráter extremo das regras que não aceitam uma realização parcial e demandam máxima efetividade frente ao caso concreto” (2012, p. 11-12).

2.2.4 Reserva do possível e judicialização do direito fundamental social à saúde: breve histórico no STF

Nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, segundo Daniel Wang, historicamente não se aplicava a teoria da reserva do possível. Não eram consideradas as teses defensivas relacionadas a questão da escassez de recursos e do custo dos direitos até a STA 91, julgada em fevereiro do ano de 2007. Ele explica que,

Diferentemente desse entendimento predominante, a STA 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, foi a primeira decisão determinando a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido. O fundamento foi o da limitação de recursos e da necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas (2008, p. 11).

Wang também afirma que, mesmo que essa decisão não seja representativa da jurisprudência da corte, “questões envolvendo políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas das decisões parecem ter um espaço maior nas decisões” (2008, p. 13).

A partir do ano de 2015, com o julgamento de casos de repercussão geral envolvendo a temática, a reserva do possível passou a ser utilizada para fixar os limites da responsabilidade estatal no fornecimento de medicamentos/tratamentos de saúde, a fim de se evitar o verdadeiro naufrágio da política nacional de universalização da saúde, conforme esclarece o ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE 657.718/MG (tema 500), julgado definitivamente em 22/05/2019, cujo excerto do voto segue abaixo, com o nosso destaque:

A força normativa e a efetividade da Constituição brasileira já não são novidade e a jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático dessa conquista. Os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. **O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos.** Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, **não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento.** Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que **o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal.** Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da população, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo (2019, p. 34-35)

Convém salientar que nesse julgamento do tema 500 foram delimitadas as balizas para fornecimento de medicamentos pelo Estado, quais sejam:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.

2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (STF, 2019, p. 4-5).

Também deve ser apresentado o caso do RE 566.471/RN (tema 6), com julgamento também iniciado em 2015 e ainda não finalizado pela Suprema Corte, em que o Ministro Barroso já alertava, conforme excerto abaixo com o nosso destaque:

Já no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. **Não há sistema de saúde que resista a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas.** É preciso, tanto quanto possível, **reduzir e racionalizar a judicialização da saúde**, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública. União (BARROSO, 2016, p. 1).

Nessa mesma linha, outro julgamento relevante para os fins deste trabalho também é o RE 855.178/SE³ (tema 793), julgado inicialmente em 05/08/2015, que reconheceu a solidariedade dos entes para entrega dos fármacos, mas com observância às regras do Sistema Único de Saúde, devendo ser direcionada a prestação ao ente público legalmente responsável. Embora não tenha transitado em julgado, a ementa do acórdão dos primeiros embargos opostos, decididos em 22/05/2019, segue abaixo, com o nosso destaque:

Constitucional e administrativo. Embargos de Declaração em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. [...].

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.
2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, **competete à autoridade judicial**, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, **direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.**
3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes (STF, 2019, p. 1).

Essas decisões representam a limitação da atuação do Poder Judiciário na temática da judicialização da saúde, demonstrando a afirmação do entendimento que a Constituição

³ Não transitou em julgado.

Federal traz limitações implícitas no dever do Estado de prover as obrigações positivas decorrentes do direito fundamental social à saúde, eis que não há disponibilidade de recursos financeiros para satisfação integral das demandas. E tais limitações são decorrentes da teoria da reserva do possível, conforme se observa nos excertos acima colacionados.

Bruno Smolarek Dias e Vinicius Muraro Borges divergem dos entendimentos acima apresentados, defendendo que, em se tratando do núcleo essencial do direito fundamental, seria imperiosa a atuação judicial em caso de negativa de atendimento lastreada na reserva do possível, entendendo que este seria aplicável da seguinte forma:

Imaginemos dois círculos concêntricos. O maior deles representa a área de abrangência da norma, ou seja, todas as situações concretas abrangidas pela lei em estudo. O menor deles corresponde ao núcleo essencial, porção impassível de restrição do âmbito normativo. Logo, tudo que for intrínseco à área de abrangência da norma e extrínseco ao núcleo essencial, corresponde à área de incidência da reserva do possível (2012, p. 15)

É preciso fazer justiça aos autores, eis que seu trabalho foi anterior aos julgamentos acima elencados, mas que, sem dúvida, representa parcela da doutrina que entende pela inaplicabilidade da reserva do possível a determinados casos, como, por exemplo, o próprio medicamento objeto deste estudo (zolgensma).

Finalmente, Gilmar Mendes traz outros pontos de vista sobre um dos problemas da judicialização, ao dissertar, entre outros temas, sobre “questões mais delicadas colocam-se quando, diante da existência de medicamento registrado pela ANVISA, mas que não consta das listas do SUS, não há nenhum outro tratamento disponível para determinada patologia”, afirmando que inclusive há uma questão de isonomia, porque, “geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema”. Ele propõe que demandas coletivas sejam, talvez, a melhor forma de solucionar o problema da microjustiça em detrimento da macrojustiça, isto é, resolver o caso concreto do cidadão que pleiteia o direito e permitir uma piora nas condições do sistema saúde do local em que a decisão judicial foi deferida. Isso porque, prossegue o autor, “nas ações individuais, essa interferência é feita sem que se tenha noção dos reais impactos que podem ser causados pela decisão” (2018, p. 1.069-1.073).

Apresentados os principais aspectos dos direitos sociais e da reserva do possível, de forma superficial, sem a pretensão de exaurir o assunto, passa-se a uma análise prática da relação entre esses temas nos Tribunais Superiores brasileiros.

2.3 Apresentação e discussão de decisões do Supremo Tribunal Federal

2.3.1 Da pesquisa e cenário fático

Inicialmente, cumpre esclarecer que a pesquisa foi realizada em decisões do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do termo “zolgensma”, através da pesquisa no site de jurisprudência. Foram identificados dezesseis processos que trataram do assunto, cujos julgamentos ocorreram da seguinte forma: onze no ano de 2022, quatro no ano de 2021 e um de 2020 (pesquisa até abril/2023). No ano de 2023 não foram encontrados processos inéditos.

Vale ressaltar que o processo do ano de 2020 foi indeferido seu prosseguimento por inadequação da via eleita (Pet 9.084). No ano de 2021, observa-se os processos SS 5462, STP 790, STP 803 e Rcl 50241. No ano de 2022, foram julgados os processos MS 38.362, Rlc 51.090, STP 839, STP 850, Rcl 52.567, Rcl 52.972, STP 903, Rlc 55.462, Rcl 53.704, Rcl 55.261 e Rcl 56.356.

É importante o registro de que no período que essas decisões foram proferidas, ainda não existia negativa do CONITEC para incorporação do medicamento, eis que o procedimento administrativo ainda tramitava, especialmente para discussão do valor do medicamento no país, assim como se haveria compatibilidade econômica, nos termos do art. 19-Q do Lei 8.080/1990. Assim, esse “limbo” começou a ser preenchido pelo Poder Judiciário, em alguns casos determinando a entrega do medicamento, com base em valores abstratos ou sem fundamentação, ora negando, conforme a seguir será apresentado.

2.3.2 Das decisões do ano de 2021

No processo SS 5462, embora haja menção ao zolgensma, o objeto da ação era a suspensão de fornecimento do spinraza, razão pela qual não há menção digna de nota.

Por sua vez, a STP 790 foi ajuizada pelo Estado de São Paulo, tendo como interessado C.A.S. representado por R.M.S., em medida que buscou afastar uma tutela deferida pelo Tribunal de Justiça estadual que havia determinado o fornecimento do zolgensma. Em um primeiro momento, em 04/06/2021, a Procuradoria Geral do Estado conseguiu obter a suspensão da liminar, tendo decidido o Ministro Luiz Fux com fundamento em argumentos relacionados a observância do RE 657.718 (não dispensação de medicamentos de caráter experimental, visto que a criança que pleiteava o fármaco já tem sete anos, enquanto a bula recomenda até dois anos [uso off-label]) e na reserva do possível, conforme afirmou:

Vislumbra-se, outrossim, a existência de risco à economia pública na manutenção da decisão impugnada, ante o elevado valor da prestação de saúde controvertida (de custo estimado de pelo menos R\$ 24 milhões, segundo o Estado autor). Deveras, perfaz circunstância inexorável o fato de serem os recursos públicos escassos à vista da multiplicidade das necessidades sociais, de modo que a alocação de recursos para o atendimento de uma determinada finalidade pública acarreta necessariamente o desatendimento de outras, sejam elas de menor ou igual importância, de modo que aspectos relacionados aos custos os direitos não podem simplesmente ser desconsiderados, sob pena de afronta ao princípio da eficiência e desestruturação das políticas de saúde, em detrimento da maioria da população.[...] Neste cenário, a mera possibilidade da efetivação irreversível de dispêndio de recursos públicos em tão elevada monta em situação de controversa jurisdição caracteriza o grave risco ao interesse social suficiente a revelar a necessidade de adoção de medida que possa acautelar o erário e o bom atendimento de outros usuários dos serviços públicos de saúde. Mencionado risco à economia pública resta particularmente acentuado em se considerando o contexto atual de gravíssima crise mundial sanitária e econômica, decorrente da pandemia da Covid-19, que impõe ao Poder Público a concentração de esforços financeiros em prol de medidas sanitárias e de estímulo econômico, entre as quais a expansão de leitos de UTI, a vacinação da população e a distribuição emergencial de renda para a subsistência dos trabalhadores mais atingidos pela recessão econômica (2021, p. 4-5).

Na sequência, a Ministra Rosa Weber, no exercício da vice-presidência do STF, indeferiu pedido de reconsideração elaborado pelo paciente, em 30/07/2021, (provocado em razão de acolhimento de reconsideração na STP 803, que será tratada a seguir) por entender que os fatos dos casos eram distintos.

Todavia, em 24/08/2021, o Ministro Luiz Fux acolheu novo pleito de reconsideração, determinando que o Estado cumpra a liminar deferida nos autos de origem, por entender que foram apresentadas “novas informações que permitem aferir que o zolgensma, apesar de medicamento registrado pela ANVISA apenas para uso em crianças de até 2 (dois) anos de idade, tem a aprovação de agências renomadas no exterior para uso em crianças mais velhas” (2021a, p. 1-2). E ainda, sem sequer se atentar aos fundamentos que já havia indicado na decisão anterior ou indicar por qual motivo não eram mais relevantes, ele prosseguiu:

Por fim, não se deve olvidar que a ordem constitucional vigente, em seu artigo 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados tratamentos eficazes, capazes de lhes garantir maior dignidade e menor sofrimento. Deveras, na complexa ponderação entre, de um lado, os importantes argumentos de ordem financeira, e, de outro, a concretização do direito de acesso à saúde, não se pode desconsiderar a relevância do direito à vida, para cuja garantia devem todos os cidadãos ser incentivados a cooperar. Eis a máxima da justiça social preconizada pela Constituição de 1988, calcada nos valores de solidariedade tão caros à sociedade brasileira. (FUX, 2021a, p.2)

Após, o estado apresentou agravo da decisão, mas aparentemente o caso perdeu o objeto (tramita em segredo de justiça) e foi extinto. O que se destaca do julgado é a ausência de fundamentação (ou fundamentação genérica) da decisão que acolheu o pedido de reconsideração, ou ainda, pela inobservância dos precedentes sobre o assunto (RE 657.718/MG e RE 855.178/SE).

O caso seguinte é o julgamento da STP 803, ajuizada pela União, tendo como interessada A.L.R.C. representada por L.C.A., em medida que buscou afastar uma tutela deferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que havia determinado o fornecimento do zolgensma. Em um primeiro momento, em 14/07/2021, a Advocacia Geral da União conseguiu obter a suspensão da liminar, tendo decidido o Ministro Luiz Fux com fundamento em argumentos relacionados a observância do RE 657.718 (não dispensação de medicamentos de caráter experimental, visto que a criança que pleiteava o fármaco já tem quase três anos, enquanto a bula recomenda até dois anos [uso off-label]) e na reserva do possível, utilizando praticamente os mesmos termos da decisão anterior (no STP 790).

Todavia, em 17/07/2021, o Ministro Luiz Fux acolheu novo pleito de reconsideração, determinando que o Estado cumpra a liminar deferida nos autos de origem, por entender que foram apresentadas “novas informações que permitem aferir que o zolgensma, apesar de medicamento registrado pela ANVISA apenas para uso em crianças de até 2 (dois) anos de idade, tem a aprovação de agências renomadas no exterior para uso em crianças mais velhas” (2021b, p. 1-2). E, novamente, sem sequer se atentar aos fundamentos que já havia indicado na decisão anterior ou indicar por qual motivo não eram mais relevantes, ele prosseguiu a decisão, com arrimo no art. 196 da CF, nos mesmos termos indicados acima.

Contra essa decisão, foi apresentado agravo regimental, que da mesma forma que na STP 790, perdeu seu objeto, tendo sido extinto, conforme consulta ao andamento processual no portal do Supremo.

Na decisão liminar da Rcl 50241, a reclamante, uma criança de 1 ano e 10 meses buscava por essa via o recebimento do medicamento, que já havia sido negado pelo TRF da 5ª Região e pelo STJ. O ministro relator, Edson Fachin, em 07/12/2021, negou a liminar para fornecimento do medicamento, porém determinou ao Tribunal de origem que proferisse nova decisão “contemplando os critérios fixados pela jurisprudência deste Tribunal, a mora do Sistema de Saúde em definir o preço de comercialização do medicamento e o direito do reclamante à prioridade legal”. O Ministro afirmou ainda:

O custo de medicamento deve apenas servir de orientação para a compatibilização entre o direito individual e a dimensão necessariamente coletiva do direito à saúde, isto é, ele é apenas um indicativo de que a inclusão do medicamento na política pública é uma decisão pautada por critérios coletivos. (FACHIN, 2021, p.2)

Assim, apesar do não cabimento da reclamação, e da dramaticidade do caso, vez que o medicamento só faz efeito até os 24 meses de idade, o ministro adotou um meio termo, determinando a integração da decisão. Infelizmente, no entanto, antes do desfecho do caso, a criança faleceu.

2.3.3 Das decisões do ano de 2022

Na decisão liminar do MS 38.362, cujo julgamento foi publicado em 10/01/2022, o objeto foi justamente a última decisão liminar comentada acima, a Rcl 50.241, o que é deveras interessante, pois pode ser observado o que o TRF da 5ª Região decidiu quando da integração da decisão, negando a entrega do medicamento, que pela importância, colaciona-se abaixo os principais pontos:

[...] 03. Cabe ao administrador que conhece as forças das burras estatais e as necessidades gerais da comunidade (saúde, segurança, educação, transportes, meio ambiente, justiça, etc, etc, etc.) eleger as prioridades a que deve acudir. O Judiciário não deve e nem pode se imiscuir nesta área. O Judiciário, apreciando cada pedido em particular, sem consideração da realidade do conjunto das possibilidades do Estado, terminaria por deferir inclusive pedidos exóticos, tantas são as genuínas necessidades gerais. Neste passo, importante lembrar que tem frequentado os foros pelo Brasil afora, postulações de leitos de UTI inexistentes, mamógrafos, cão guia, alimentos (tão necessários à vida como os remédios), moradia, e em ações civis públicas do MP, cirurgias de cataratas, v. g., para todos os necessitados no estado do Ceará, tratamento de Glaucoma para todos os habitantes de Pernambuco,

implantação de sistema racional e sustentável de lixo em vários municípios, enfim, são centenas e centenas de pedidos que, examinados de per si, todos perseguem o bem e ações edificantes. Mas pode o Estado satisfazê-los? Não há outras ações prioritárias a serem feitas? Eleger as prioridades não é o âmago do Governo? E o Governo não cabe a quem foi constitucionalmente eleito para exercê-lo?

04. Há, sim, demora do Estado a incorporar ao SUS o remédio ZOLGNENSMA. Mas demora não se confunde com MORA, no sentido em que este termo é aplicado em Direito, dado que a MORA pressupõe a obrigação de realizar alguma coisa ou de cumprir determinada prestação. E não se sabe se o Estado deve mesmo incorporar o medicamento ao SUS ou se vai fazê-lo em algum momento. Daí que não havendo a premissa da obrigação do Estado de promover a incorporação ao SUS de todo o universo de remédios descobertos, máxime os daqueles cuja eficácia ainda não seja comprovada, ou que apresentem custo insuportável, não se pode falar em "mora", datíssima vênia. Também não se extrai dos precedentes do Supremo a ideia de que haja tal obrigação do Estado.

05. Há demora, sim, do Estado em definir o preço de mercado do Zolgnensma. Mas a consequência lógica e jurídica desta demora não significa esteja o Estado obrigado a promover a aquisição do tratamento por preço incompatível com as suas forças. Ademais, mesmo fixado pelo Estado preço diferente ou menos inacessível, tal não significa que o fornecedor venha ao mercado nacional praticar o preço definido, podendo preferir manter-se fora do País. E o mercado internacional não se vincula aos preços definidos pelo Brasil; [...] (FUX, 2022a, p.2)

Destaca-se da decisão a deferência da atuação do Poder Público reconhecida pelo tribunal de origem, utilizando-se da teoria da reserva do possível para afastar a entrega do medicamento, em que pese a situação extremamente dramática da criança.

Quanto ao MS, o ministro Luiz Fux decidiu no sentido da inadmissibilidade de mandado de segurança contra ato jurisdicional da Corte, salvo teratologia ou abuso de poder. No mérito, entendeu que a decisão do TRF da 5ª Região estava suficientemente fundamentada, bem como que havia discussão científica a respeito da eficácia do zolgensma, eis que algumas agências de saúde do mundo, como a alemã, ainda não haviam incorporado o medicamento. Não houve recurso e a decisão foi mantida até o final.

Na decisão liminar da Rcl 51.090, publicada em 31/01/2022, a ministra Rosa Weber (substituindo o relator min. Fachin, considerando o recesso judiciário) determinou o fornecimento do zolgensma, em sede de reclamação, entendendo que a urgência do caso era suficiente para afastar a inadequação do meio jurídico utilizado. Assim, embora a reclamante fosse criança com idade superior a 2 anos a ministra entendeu que poderia ser utilizada a bula europeia, a qual previa a aplicação do medicamento em crianças com até 21 kg, assim como reconheceu a mora da Anvisa, o que viabilizou a aplicação do entendimento no tema 500. Quando o processo retornou ao relator, foi proferida decisão procedente ao reclamante, em 16/09/2022. No entanto, por ausência de manifestação do reclamante, foi extinto o processo, revogando-se a liminar.

Nas decisões liminares das STP 839 e 850, publicadas, respectivamente, em 17/02/2022 e 07/03/2022, o ministro Fux indeferiu a suspensão de entrega do zolgensma determinada pelo TRF da 4ª Região, entendendo que os casos concretos não demonstravam que o valor do medicamento era elevado a tal ponto de prejudicar a capacidade econômica da União e/ou o atendimento de toda coletividade. Em ambos casos, a União ofereceu recurso, mas foram indeferidos e o processo foi extinto.

Por sua vez, na decisão liminar da Rcl 52.567, publicada em 31/03/2022, o ministro André Mendonça indeferiu a reclamação proposta pela criança acometida pela doença, que requeria o imediato afastamento do efeito suspensivo concedido a apelação proposta pela União quando do julgamento do processo na primeira instância, que havia determinado o fornecimento do zolgensma. Os principais argumentos do ministro foram que o próprio tribunal de origem enfrentaria o tema na semana seguinte, assim como inexistia fundamento legal para propositura da reclamação. Não houve recurso e o processo foi extinto.

Na decisão liminar da Rcl 52.972, publicada em 10/05/2022, também de relatoria do ministro André Mendonça, foi indeferida a reclamação proposta pela paciente, tanto pelo argumento processual de não cabimento, quanto, no mérito, pela inexistência dos pressupostos necessários para concessão judicial da entrega, em especial a controvérsia científica sobre a eficácia do medicamento em contraponto com os que eram oferecidos pelo SUS (Nusinersena e o Risdiplam). Não houve recurso e a decisão foi mantida até o final.

Na decisão liminar da STP 903, publicada em 08/08/2022, o ministro Fux indeferiu o prosseguimento da suspensão de tutela provisória, eis que apresentada pela paciente, sendo remédio legal pertinente somente às pessoas jurídicas de direito público e ao Ministério Público. Tampouco a recebeu como reclamação, constatando ser “manifestamente incabível reclamação no presente caso concreto, eis que a via processual estreita da reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, sob pena de desvirtuação de todo o sistema recursal vigente” (FUX, 2022b, p.3). Não houve recurso e o processo foi extinto.

Nas decisões liminares das Rcl 55.261 e 55.462, publicadas, respectivamente, em 21/09/2022 e 08/09/2022, o ministro Dias Toffoli deferiu as reclamações ajuizadas pelas pacientes, utilizando-se de argumentos similares aos do ministro Fachin quando do julgamento da Rcl 50.241. No mérito, entendendo que havia certeza científica para entrega do

zolgensma, apesar da decisão diametralmente oposta do tribunal de origem, suspendeu o efeito suspensivo concedido à apelação da União, determinando a entrega do medicamento. Ao final, a reclamação foi julgada procedente e o recurso da reclamada foi negado.

Na decisão liminar da Rcl 53.704, publicada em 04/10/2022, a ministra Rosa Weber deferiu a reclamação ajuizada pela paciente, também utilizando-se de argumentos similares aos do ministro Fachin quando do julgamento da Rcl 50.241. No mérito, mesmo que a criança tivesse idade superior a 2 anos, entendeu que havia certeza científica suficiente lastreada em laudos apresentados, de forma similar a Rcl 51.090. Ao final, a reclamação foi julgada procedente e o recurso da reclamada foi negado.

Por fim, na decisão liminar da Rcl 56.356, publicada em 27/10/2022, o ministro Ricardo Lewandowski indeferiu a reclamação apresentada pelo paciente, em razão da inadequação da via eleita. A parte não apresentou recurso e o processo foi extinto.

3 Conclusão

É com certa frustração que essa pesquisa foi encerrada, principalmente após a apresentação das informações obtidas com a pesquisa no sítio eletrônico de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se verificou que a teoria da reserva do possível foi mantida em segundo plano, ao menos nos julgamentos que houve deferimento de liminar favorável ao paciente, e ainda, quando houve enfrentamento da teoria, a fundamentação foi extremamente rasa.

Ademais, com espanto, verificou-se que a procedência do pedido em caráter liminar dependia da sorte da parte autora em ter seu processo relatado por determinados ministros. Isso é preocupante, considerando que o STF possui apenas 11 ministros. Como podem exigir o cumprimento do preceito legal do CPC de manter a jurisprudência coesa e coerente em todo o Poder Judiciário se sequer dentro de seus domínios isso se observa? A retórica é necessária para se refletir sobre a dimensão desse problema no ordenamento jurídico brasileiro. A implantação de um voto *per curia* merece ser discutida.

Isso porque se observou que os ministros que deferiram a liminar para entrega do medicamento trouxeram argumentos que não se coadunavam com a jurisprudência pretérita

do STF, ou ainda, forçavam a situação de fato para se enquadrar no decidido no tema 500, em especial uma suposta mora do Ministério da Saúde para analisar a incorporação do medicamento no SUS. O próprio recebimento das reclamações e mandados de segurança são questionáveis face o que dispõe o CPC e a jurisprudência do STF. Os que indeferiam justamente se apegavam a essas disposições que, certo ou errado, são os parâmetros conhecidos por toda comunidade jurídica para aplicação do Direito.

Ato contínuo, a debilidade da argumentação do STF espanta, principalmente se levado em consideração o parágrafo primeiro do art. 489 do CPC, que exige um dever mais rigoroso na fundamentação das decisões. Todos os ministros ressaltaram a importância, a dramaticidade e a urgência da situação, sendo nítida a pressão sobre os Ministros quando decidem um caso dessa natureza, praticamente a vida e a morte sob sua caneta. Não há como negar que a decisão entre uma vida digna para o paciente portador da AME e a proteção ao Erário, via reserva do possível, é uma decisão complexa a ser tomada. Porém, também não se pode negar que milhares de pessoas são indiretamente impactadas por decisões dessa natureza, eis que se o recurso público é finito, via de regra, o dinheiro será remanejado de outros investimentos/órgãos, para se atender a uma única pessoa, conforme se evidenciou no excerto do acórdão do TRF da 5ª Região.

Essa complexa equação não será resolvida neste trabalho, pois diversos fatores influenciam a formação de um orçamento anual do ente público. Mas veja-se, na modesta opinião do autor deste estudo, na mesma linha do que ensina Gilmar Mendes (conforme citação no item 2 deste trabalho), se o Gestor entendeu que determinada cifra será investida em saúde, com aprovação do Poder Legislativo, a ação individual não deveria ser o meio escorrido para se afastar uma negativa individual justificada na reserva do possível, promovida pelo Poder Executivo. O Poder Judiciário não poderia intervir na política pública formulada nem na alocação dos recursos públicos, ao menos não pela via individual, pois, por exemplo, uma liminar para fornecimento de zolgensma pode prejudicar sobremaneira todo o arranjo orçamentário-financeiro do ente público, sem que sejam mensurados os impactos dessa decisão e quantos indivíduos efetivamente deixarão de ser atendidos.

Contudo, o contraponto deve ser feito: será que um país em que se gastam bilhões com fundos eleitorais e eleições, em que se gastam bilhões com agentes públicos que recebem além do teto (verbas indenizatória), não tem condições financeiras de arcar com o

medicamento e salvar a vida de uma criança e, por conseguinte, trazer dignidade para a família inteira?

Felizmente o contraponto parece ter prevalecido em parte quando da decisão de incorporação do medicamento ao SUS, apesar das restrições de idade e condições clínicas da criança para aplicação. A contrário senso, certamente discussões judiciais quando crianças estiverem além desses parâmetros ocorrerão, e, a depender do ministro, a liminar pode ser deferida com algum tipo de encaixe forçado baseado em evidências científicas de outro país.

É evidente que os direitos sociais estão previstos na Constituição Federal e devem ser atendidos pelo Poder Público, mas desde que seja dada a devida deferência aos Poderes organizados para promover a política pública, sob pena de, nas palavras do Ministro Fachin na RE 855.178, tende a acarretar a falência do SUS a médio e a longo prazo.

Assim, a reserva do possível deve voltar a fazer parte das decisões judiciais, no aspecto de ser conferido aos Poderes legitimados o pleno exercício de suas competências. O tema é deveras interessante e certamente será alvo de novas abordagens com o surgimento de novas tecnologias e aprimoramento dos tratamentos atuais.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. **Voto no RE nº 566.471**. Publicado em 28/09/2016. Acesso em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 18 mar 2023.

BASSETTE, Fernanda. **A bebê brasileira que recebeu o remédio de R\$ 9 mi**, o mais caro do mundo. Revista Veja. Acesso em: <https://veja.abril.com.br/saude/a-bebe-brasileira-que-recebeu-o-remedio-de-r-9-mi-o-mais-carro-do-mundo>. Acesso em: 17 mar 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 657.718/2019**. Acesso em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em: 18 mar 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/2019**. Acesso em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em: 21 mar 2023.

FACHIN, Edson. **Voto na Rel nº 50.241**. Publicado em 07/12/2021. Acesso em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1261042/false>. Acesso em: 28 mar 2023.

FUX, Luiz. **Voto na STP nº 790**. Publicado em 04/06/2021. Acesso em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1206391/false>. Acesso em: 23 mar 2023.

FUX, Luiz. **Voto na STP nº 790**. Publicado em 24/08/2021a. Acesso em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1229948/false>. Acesso em: 23 mar 2023.

FUX, Luiz. **Voto na STP nº 803**. Publicado em 17/07/2021b. Acesso em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1221347/false>. Acesso em: 26 mar 2023.

FUX, Luiz. **Voto no MS nº 38.362**. Publicado em 10/01/2022a. Acesso em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1268179/false>. Acesso em: 28 mar 2023.

FUX, Luiz. **Voto na STP nº 903**. Publicado em 08/08/2022b. Acesso em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1327860/false>. Acesso em: 30 mar 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso De Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOVARTIS. **Bula do medicamento Zolgensma**. <https://portal.novartis.com.br/UPLOAD/ImgConteudos/4112.pdf> 2021 Acesso em: 17 mar 2023

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso De Direito Constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SMOLAREK, B.; BORGES, V. M.. **Reserva do possível nos direitos sociais: é possível?** Revista Onis Ciência, Braga, V.1, Ano 1 Nº 1, mai / set 2012.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito Gv, São Paulo 4(2), p. 539-568, jul-dez 2008.