A RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DA SAÚDE E SUA INAPLICABILIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

José Júlio Gonçalves de Almeida [1]
Alder Thiago Bastos[2]
Renato Poltronieri[3]

RESUMO: O presente artigo científico objetiva estudar a teoria da reserva do possível e sua eficácia no âmbito do direito sanitário brasileiro, bem como a averiguar a adoção dessa teoria no pelo Poder Judiciário em seus julgados. Sabendo-se que a Constituição Federal preconizou a saúde como direito fundamental e que houve crescente judicialização de pedidos que versam sobre a disponibilidade material para efetivação ao direito à saúde, a reserva do possível firmou-se como um meio de defesa de entes públicos para justificar a impossibilidade orçamentária para custear o tratamento da saúde de toda a população que recorra ao Sistema Único de Saúde. Verificou-se, através do método dedutivo, amparando-se em referenciais bibliográficos publicados em meios digitais e físicos que referida teoria, com origem na Corte Alemã, foi alterada para justificar a insuficiência de recursos financeiros para prover todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Conclui-se, pois, pela inaplicabilidade da teoria na sistemática brasileira.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Dignidade humana. Teoria da reserva do possível. Ineficácia.

ABSTRACT: The present scientific article aims to study the theory of the reserve of the possible and its effectiveness in the scope of the Brazilian sanitary right, as well as to ascertain the adoption of this theory in the Judiciary in its judgments. Knowing that the Federal Constitution advocated health as a fundamental right and that there was a growing judicialization of requests that deal with the material availability to fulfill the right to health, the reserve of the possible was established as a means of defense of public entities to justify the budgetary impossibility to pay for the treatment of the health of the entire population that uses the Unified Health System. It was verified, through the deductive method, using bibliographical references published in digital and physical means that said theory, originating in the Court Was amended to justify the insufficiency of financial resources to provide all the fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution. We conclude, therefore, by the inapplicability of the theory in the Brazilian system.

---

[1] Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília, Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professor Universitário e Advogado militante na Área Cível.

[2] Mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP), Advogado militante na Área Cível e Trabalhista.

[3] Orientador e Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas da UNISANTA São Paulo (SP), Brasil. Advogado militante na Área do Direito Administrativo

Keywords: Fundamental right to health. Human dignity. Theory reserve of the possible. Ineffectiveness.

1 INTRODUÇÃO

Não se pode falar em direito a saúde, sem considerar o direito à vida e o princípio da dignidade humana. Este deveria ser o valor maior do Estado, uma vez que representa o núcleo constitucional supremo em torno do qual gravitam os demais direitos.

A saúde é um direito fundamental social, cujo conceito está ligado a um completo estado de bem-estar físico, mental e social do indivíduo, sem o qual não há que se falar em uma vida digna, em consonância com o atual entendimento da Organização Mundial de Saúde (BASTOS e LIMAVERDE, 2017, p. 157).

Apesar de tratar de um direito garantido pela Constituição Federal, tem sido muito comum às pessoas recorrerem ao Poder Judiciário objetivando algum tratamento médico/hospitalar, medicamentos ou afins perquirindo-os através de decisões judiciais liminares ou definitivas, justamente porque, contemporaneamente, é de conhecimento público a garantia constitucional dos recursos materiais decorrentes do tratamento de saúde, insculpidos pelos artigos 6º, 196 e 198 da Constituição Federal.

O cerne da questão é a própria discussão que se constata pelo crescente número de demandas judiciais reivindicando medicamentos ou tratamentos médicos, sobretudo quando se observa que o Estado tem por obrigação positivada no ordenamento jurídico vigente a garantia da assistência material na área da saúde, com a disponibilização de recursos para atingir a finalidade.

Os recursos alinhavados pela doutrina são financeiros, materiais e locais apropriados para atendimentos de pessoas em situação de enfermidade, sendo que no Brasil também há uma particularidade, parte do sistema de atendimento é privado, regulamentado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Significa dizer que nem

todos que tem o direito utilizam à saúde pública, sendo direcionadas a suprir as necessidades daquelas pessoas que têm insuficiência financeira[4].

Surge então a questão da teoria denominada “reserva do possível” que tem se propagado como meio de defesa em todas as áreas do Poder Público Executivo com a finalidade de justificar o déficit financeiro e a inexistência de recursos materiais que aportem os direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 (SARLET E FIGUEIRADO, 2007, p. 188).

Na área da disponibilização de recursos voltados à efetivação do direito à saúde especificamente, essa teoria tem sido levada a efeito como meio de defesa de Entes Públicos para justificar a incapacidade de abarcar todos os tratamentos médicos, como, por exemplo, disponibilidades de leitos e de profissionais especializados e também pela inexistência de concessão de diversos medicamentos, inclusive aqueles protocolares, junto ao Sistema Único de Saúde.

Nessa linha, é possível constatar que a adoção dessa teoria, com origem na Corte Alemã, buscou convalidar conceitos não jurídicos para justificar a ineficiência de consolidar a eficácia do direito à saúde a toda a população que dependa do Sistema Único de Saúde, o que tem justificado o próprio crescimento das demandas judiciais na área da saúde.

O termo reserva do possível teve sua origem na decisão da Corte Alemã, proferida em 18/07/1972, e relaciona-se com a razoabilidade das pretensões demandadas ao Estado, tendo em conta o que ele efetivamente tem condições de realizar, bem como o que realmente precisa ser garantido, em respeito às normas constitucionais. Porém, no caso brasileiro o enfoque é outro, pois tem sido invocado

[4] Percebe-se, de todo modo, que a saúde que está positivada no ordenamento jurídico não está atrelada apenas à cátedra médica, mas compõe uma complexa análise e integração de ciências sociais e médicas para atingir a efetivação do direito à saúde, fatores estes que fogem à análise jurídica proposta no presente artigo.

como um limite fático ligado essencialmente a uma alegada escassez de recursos financeiros.

Desta forma, este artigo tem por objetivo principal abordar a teoria da reserva do possível no âmbito da saúde, buscando responder a seguinte inquietação: A reserva do possível é uma teoria que se enquadra e se tem eficácia no sistema jurídico brasileiro?

Para tanto, serão tratados assuntos referentes aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal; o princípio da dignidade humana; a saúde como direito fundamental; chegando a teoria da reserva do possível e seu enquadramento dentro da sistemática jurídica brasileira, buscando alinhavar as principais conclusões sobre o tema de relevância.

2 MÉTODO:

O método escolhido para o desenvolvimento deste artigo foi o dedutivo para a reflexão sobre a teoria da reserva do possível no âmbito da saúde, amparado em referencias bibliográficos publicados em meios escritos e eletrônico, buscando responder a inquietação trazida na introdução.

3 RESULTADO:

Verificou-se que à saúde é amparada constitucionalmente como direito fundamental social. Nessa linha, a teoria da reserva do possível, originária da Corte Alemã, ressaltava a escolha do Estado em disponibilizar vagas aos candidatos classificados, mas não uma obrigatoriedade para todos aqueles que quisessem um determinado curso superior, sendo adotada a teoria como moderador aos princípios existentes naquele país.

No Brasil, contudo, essa teoria tem sido adotada exclusivamente como matéria de defesa de Entes Públicos com a finalidade de justificar a impossibilidade de cumprimento dos princípios da universalidade e integralidade, subscritos no art. 6º, combinados com os arts. 196 e 198, Inciso II, da Constituição Federal, por incapacidade financeira, cujos argumentos, por vezes, não tem ligação com a ciência do direito, mas sim com a ciência política e também econômica.

Constatou-se, ainda, que a referida teoria não tem sido adotada pelo Poder Judiciário em seus julgados e, quando se trata da efetivação do direito fundamental à saúde, os princípios da integralidade e da universalidade são considerados como valor normativo relevante para efetivação da própria dignidade humana.

4 DISCUSSÃO

4.1 Dos Direitos Fundamentais

Quando se trata de direitos fundamentais entende-se serem estes que constituem a essência básica para a vida digna do ser humano. Apesar de alguns doutrinadores apresentarem os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos, parte da doutrina revela a existência de diferenças, justificando-se, pois, conceituar cada uma delas para entender as diferenças existentes.

Sobre o assunto assim se expressa José Joaquim Gomes Canotilho ao explicar que "direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente" (2004, p. 259).

Os direitos do homem provêm da própria natureza humana, sendo assim, seu caráter torna-se inviolável, intertemporal e universal; já os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2004, p. 259).

Ruy Barbedo Antunes considera que o termo "direitos fundamentais apenas surge para a humanidade quando positivados por um ordenamento jurídico específico, geralmente garantidos em normas constitucionais frente a um Estado" (2005, p. 340). Por sua vez, na visão de Norberto Bobbio "os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídico-concreta". (2004. p. 84).

Os direitos humanos são aqueles que miram a proteção da pessoa tanto em seu aspecto individual como em seu convívio social e em caráter universal. Assim é possível entender que devido à amplitude do termo pode-se chegar a inúmeras conclusões que muitas vezes podem prejudicar o seu real significado e dificultar o reconhecimento e a proteção de tais direitos.

No que se refere ao contexto histórico dos direitos fundamentais é possível encontrá-los como sendo os de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.

Primeira Geração: nos séculos V à VI (Idade Média), tornou-se uma época fundamental para a história da evolução dos Direitos Fundamentais, pois foi nesse tempo que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Porém, somente a partir dos séculos XVII e XVIII que o direito de primeira geração ou também conhecido como direitos de liberdade, foram ter seu reconhecimento nos textos constitucionais. Tratavam de direitos civis e políticos essenciais ao ser humano e que possuem a propriedade de se opor ao Estado, que era considerado na época como grande opressor das liberdades individuais. Eram considerados nessa geração os direitos à vida, seguranças, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, crença, locomoção, entre outros. (MORAES, 2011, p. 20).

Segunda Geração: a partir do século XIX com a Revolução Industrial na Europa, surgiu a segunda geração, e está relacionada as conquistas trabalhistas e econômicas. Isso porque os trabalhadores das fábricas e indústrias trabalhavam em péssimas condições de trabalho, com jornadas extenuantes, insalubres, perigosas, etc. Em função disso, surgiram os movimentos reivindicatórios, como o Cartista (Inglaterra) e a Comuna (Paris). O Estado passou a tutelar o ser humano,

impulsionando as condições básicas para sua vida em comunidade (MAGALHAES, 2012, p. 43-88).

Terceira Geração: a terceira geração dos direitos surgiu durante o século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado-Social. São os chamados direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado através de políticas de justiça distributiva. Abrangem o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical, etc. São considerados direitos coletivos por excelência, pois estão voltados à humanidade como um todo (BONAVIDES, 2000, p. 524-525).

Quarta Geração: o século XXI trouxe os direitos de quarta geração, isso porque passou a figurar o avanço das pesquisas no campo da engenharia genética, às profundas alterações na geopolítica mundial, proporcionadas pela globalização econômica. Surgiram então, os mecanismos jurídicos tendentes à preservação da própria existência do homem. Hoje em dia fala-se ainda, em direito dos menos favorecidos ampliando-se o horizonte de proteção de direitos já consagrados, atribuindo-se maior tutela as crianças, idosos, deficientes, homossexuais, índios, etc. (SAMPAIO , 2014, p. 1).

No Brasil, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, pautada na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas (ONU), fora garantido aos cidadãos o papel de responsabilidade de participar e vigiar os seus Direitos Humanos, não delegando poder apenas ao Estado, em relação à busca da proteção e aplicação desses direitos, justificando, assim, a crescente judicialização de temas que versem, direta ou indiretamente sobre garantia de direitos fundamentais.

4.2 O Princípio da Dignidade Humana

Não se tem notícias do tempo exato do surgimento do pensamento sobre a dignidade humana, porém, segundo Cecília Lobo Marreiro (2013, p. 01) há relatos históricos que "essa terminologia passou a existir no mundo antigo, através do ideal grego de construir um homem com validade universal e normativa". Referida autora ressalta ainda que "os Códigos de Hammurabi e Manu e a Lei das XII Tábuas, os quais traziam dispositivos primitivos acerca do conceito da dignidade da pessoa humana" (2013, p. 1).

Importante destacar que quando se trata do conceito da dignidade da pessoa humana é antes de tudo algo que tem que ser considerado de acordo com a história e cultura de um povo. Isso leva a entender que a ideia de que o conceito usado hoje pode não ser mais útil amanhã, pois, o que se conceitua é um padrão que se dá naquele instante, dentro daquilo que o grupo social elege como o moralmente correto.

O conceito de dignidade humana é eleito a partir de valores que emergem dos nichos de grupos sociais por motivos equacionados em si que elegem outros valores, resultando em uma nova construção no conceito, o que por sua vez pode influir de maneira positiva ou negativa na liberdade social (LIMA , 2012, p. 01).

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental para a ordem jurídica, pois, é também o que conduz ao reconhecimento de todos os demais direitos. A Constituição Federal ao reconhecer sua presença o transforma numa condição que irá validar a vida em sociedade, tudo pelo motivo de ser este princípio fundado no respeito mútuo entre os seres humanos, sendo assim sempre ocupou um lugar de destaque no pensamento filosófico, político e jurídico.

Nesse sentido, partindo-se da premissa que o Estado tem o dever de proteger o direito à vida, a qual está acima de qualquer outro direito fundamental[5], o seu reconhecido perfaz a efetivação da dignidade humana, consoante estabelecido nos

[5] A doutrina diverge quanto à hierarquização de direitos fundamentais individuais não sendo unanime o entendimento ora esposado, pois há fortes argumentos em favor da tese da equivalência dos direitos fundamentais. Robert Alexy adota em seu postulado essa teoria, por exemplo.

arts. 1º, inciso III e 5º inciso III, da Constituição Federal. Alexandre de Moraes acrescenta que "a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta através do direito à vida, não podendo ser violado" (2011, p. 128).

Desta feita, a dignidade humana representa o conteúdo mínimo dos direitos humanos fundamentais. Nas palavras de Glauco Barreira Magalhães Filho "(...) é o núcleo essencial de todos direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importa uma violação ao valor da pessoa humana" (2001, p. 248). Nessa mesma linha é o entendimento de José Afonso da Silva que, seguindo a teoria do jusnaturalismo, ressalta a importância da dignidade humana com seu surgimento a partir do direito fundamental à vida (2010, p. 56).

A partir destas ideias é possível entender que ao ser humano não se pode atribuir preço, pois o ser humano em virtude tão somente de sua condição biológica humana é um ser racional que deve ser possuidor de dignidade, o que o faz segundo a concepção do direito moderno igual aos seus demais diante da lei.

Contudo, para criar um fator digno para o desenvolvimento da própria humanidade, existem diversos critérios que são insculpidos na Declaração Universal de Direitos Humanos. O art. 25 da referida Declaração impõe, por exemplo, que a dignidade está correlacionada ao equilíbrio de entre saúde e bem-estar.

Nessa linha, pode-se citar que a própria criação da Organização Mundial de Saúde que, atualmente, conceitua que saúde é o "bem-estar físico, mental e social", não bastando a higidez do corpo (física e mental), mas também que os fatores sociais que o sujeito está inserido são consubstanciais para o desenvolvimento do equilíbrio alinhavado pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

Por essa razão que o alicerce republicano brasileiro está ancorado na "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, Inciso III, da CF), existindo diversos direitos fundamentais (individuais e sociais) que são subscritos nos artigos que sucedem com o objetivo de consolidar a própria base da democracia brasileira.

De sorte que todos seres humanos são detentores de direitos, ainda que este não os defenda ou não os vejam em si, devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado, pois cabe a este último à tarefa de garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, o qual se faz através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Importante destacar que dentre esses direitos, está inserida a saúde, conforme se verá a seguir.

4.3 Saúde como Direito Fundamental

Somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que a saúde passou a ser considerada como um direito fundamental. A Carta Magna foi à primeira Constituição brasileira a positivar o Direito à Saúde como Direito Humano Fundamental, assegurado-o no art. 6º, *caput*. Além disso, o art. 196 define a saúde como "direito de todos e dever do Estado", devendo ser interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A trajetória da saúde pública no Brasil passou por um período inicial, no qual a atividade do Estado se limitava ao combate de doenças epidêmicas e a algumas ações sanitárias, enquanto a saúde clínica ficava reservada a serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 1930 é que ocorreu a estruturação de um sistema limitado e público para essa área, estruturado por meio dos Institutos de Previdência, denominados IAP's, porém, o atendimento se resumia à categoria profissional vinculada ao respectivo instituto (BARROSO, 2008, p. 320-345).

A história das políticas de saúde no Brasil foi marcada por reflexos dos contextos sociais em que estão inseridas. O regime militar consolidou, através da Lei n° 6.439/77, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), o qual delimitava dois grupos e restringia o cuidado da saúde a parcelas da população: a considerada primeira classe era formada pelos contribuintes da

previdência e seus dependentes, logo beneficiários do tratamento; e a segunda classe, a dos não contribuintes, sujeitava-se às Santas Casas de Misericórdia.

Em oposição a tal sistema limitador e fundamentalmente, nascia por meio da VIII Conferência Nacional da Saúde, um modelo de saúde fundado em bases democráticas e universais, a Reforma Sanitarista. A partir da Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, o Estado terá que garantir a saúde mediante políticas sociais e econômicas. Pensando nisso, o Estado criou o Sistema Único de Saúde (SUS), com a ideia de que o novo sistema iria suprir a grande demanda na área da saúde (arts. 198 a 200, CF).

Pela redação do art. 198 da CF, o SUS corresponde ao conjunto de ações e serviços públicos de saúde integrante de uma rede hierarquizada e regionalizada, organizado de acordo com diretrizes específicas. Tais diretrizes correspondem (a) à descentralização do sistema (inciso I); (b) ao atendimento integral, priorizando-se a prevenção, mas sem que se deixe de lado os serviços de assistência (inciso II); e (c) à participação da comunidade (inciso III). (SARRETA, 2009, p. 54).

O SUS tem como competência diversas atribuições voltadas para o controle, fiscalização, execução de ações de saúde, formação de recursos humanos, proteção do meio ambiente e do trabalho, entre outras. E como objetivos, identificar os fatores condicionantes e determinantes da saúde e formular políticas públicas para erradicar as desigualdades no campo econômico e social os quais interferem na saúde.

O financiamento do SUS é feito com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes, sendo recursos arrecadados por meio de impostos e contribuições sociais pagos pela população (SARRETA, 2009, p. 92).

Outro ponto que merece ser lembrado está relacionado aos direitos fundamentais, cujo art. 198 da Constituição da República traz os princípios relativos ao direito fundamental à saúde, podendo-se citar: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral com prioridade para as

atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade; d) financiamento do Sistema Único de Saúde nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n° 20/98 estabeleceu que a lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único da saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos (Constituição Federal, art. 195, § 10); e) liberdade na assistência à saúde para iniciativa privada; possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes destes, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos; f) vedação à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos; g) vedação à participação direta e indireta de empresa de capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei. (MORAES, 2011, p. 779).

Acrescenta-se, ainda, que o direito à vida se encontra estabelecido no art. 5º da Constituição Federal e da dignidade da pessoa humana, possuindo como consequência à saúde, ou seja, quando se fala em direito à vida se está sendo remetido à garantia ao acesso do direito à saúde.

O Superior Tribunal Federal (STF) tem se posicionado de maneira positiva no que tange ao direito à saúde. Em um de seus julgados, o Ministro Celso de Mello, ao analisar um caso de paciente com HIV que dependia de medicamentos do SUS, assegurou que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e

implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente (STF, RE nº 271.286. RS, Relatoria Celso de MELLO, julgado em 11/09/2013).

Em outro julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal afirmou que o julgador ao ser confrontado entre proteger o direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, entende que por razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (STF, RE nº 706.931. RN, julgado em 15/05/2015).

Para o Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário 724292. RS, considerou no julgamento datado de 01/02/2016 que:

> (...) a assistência à saúde, a ser atendida de forma solidária pelos entes públicos (Estados, DF e Municípios), deve ser integral, alcançando o fornecimento de medicamentos, materiais de difícil acesso, ou tratamento a doentes que dele necessitem para o uso permanente ou por tempo determinado (STF, RE **724292. RS**).

Dentre os diversos julgados existentes em favor daqueles que necessitam de cuidados a saúde, seja com a concessão de tratamentos, seja pelo fornecimento de medicamentos, aqui demonstrados através desses três exemplos, observa-se que a jurisprudência é unânime em entender ser a saúde um direito fundamental e o Estado deve concretizar este direito através de políticas públicas e disposição orçamentária.

Quando se analisa a saúde com base em princípios, o primeiro a ser considerado é o princípio da igualdade que significa igual tratamento entre os homens, sem haver discriminações ou distinções, proporcionando a melhor condição de vida a todos.

A igualdade jurídica pode ser observada como regra, como um princípio e como um postulado. Como regra, identifica-se como uma proibição de tratamento diferente entre pessoas em situações iguais; como princípio, assemelha-se aos demais princípios jurídicos, concebida como mandamento de otimização, designando um estado de igualdade que deve ser atingido; e como postulado normativo possui a finalidade é fixar os critérios hermenêuticos para a aplicação das demais normas e princípios fundamentais (ÁVILA, 2005, p. 101-127).

Tendo como premissa que todos somos iguais perante a lei (art. 5º, CF), entende-se que também nas condições de garantias a igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido, assumindo particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais. (CANOTILHO, 2011, p. 427).

O princípio da igualdade se aplica de acordo com a Carta Magna em duas vertentes, uma no legislativo ou no executivo na elaboração de leis, atos normativos e medidas provisórias, os quais são impedidos de criar algo que diferencie as pessoas que estejam em relações iguais. Por outro lado, a interpretação deve ser de forma igualitária, sem qualquer distinção por qualquer que seja.

O outro princípio é o da proporcionalidade que também se encontra ligado com o Direito Constitucional e sua natureza resulta dos direitos fundamentais. No ordenamento jurídico nacional este princípio não se encontra expresso na Constituição Federal, somente constando na Lei nº 9.784/1999, denominada Lei do Processo Administrativo Federal, tendo aceitação pela doutrina nacional.

É utilizado quando há um conflito entre direitos e interesses, para que assim possa se resolver o interesse das partes da maneira mais satisfatória possível. Para tanto, deverão ser analisados os meios escolhidos se são adequados para que seja obtido o resultado esperado; se o meio escolhido é mais benéfico ou o menos oneroso entre as opções existentes e se o benefício alcançado preservou os direitos fundamentais (SOUZA, 2011, p. 94).

O princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. (SILVA, 2010, p. 113).

E o terceiro princípio a ser aplicado é o da reserva do possível que será discorrido na sequência.

4.4 A teoria da Reserva do Possível

A ideia de reserva do possível teve sua origem na Alemanha, quando do julgamento em que se discutia a criação de vagas na faculdade de medicina para alunos aprovados no vestibular, mas não classificados para o referido curso. A decisão foi no sentido de que os direitos a prestações estão sujeitos à reserva do possível, de forma que só se pode exigir do Estado uma prestação adequada ao limite da razoabilidade. Isto é, o legislador deve avaliar a importância da pretensão para incluí-la ou não no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral (KRELL, 2002, p. 19).

No caso em questão, entendeu-se que não cabia impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar o citado curso, desta forma, no caso da doutrina alemã entendeu-se que à exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, já que o curso superior seria

disponibilizado a todos, mas apenas a escolha da academia de medicina estaria disponibilizada aqueles que tiveram melhores classificações no vestibular.

Como salientado por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 188-189):

> De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a "reserva do possível" (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público[62]. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

No Brasil, a teoria da reserva do possível foi difundida como matéria de defesa de Entes Públicos como justificativa fática para não atender os pleitos materiais voltados à efetivação de direito sociais. Na saúde, especificamente, a defesa versa como meio de justificar a inaplicabilidade dos princípios da universalidade e integralidade insculpidos nos arts. 196 e 198, II, da Constituição Federal e na própria Lei 8080/1990.

O Ministro Gilmar Mendes (Relator do Acórdão), no Recurso Extraordinário nº 580.252. MS, publicado em 11 set. 17, ao se deparar com a fragilidade do sistema prisional brasileiro, inclusive na área da saúde, esclarece direitos fundamentais "(...) *depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais".* Acrescenta

que a fundamentação trazida no referido recurso perpetuaria a desumanização de atos contrários à dignidade.

Nesse prisma, torna-se pertinente que as limitações orçamentárias e financeiras que são abarcadas como matéria de defesa não se tratam de argumentos jurídicos que poderiam ser relevados como justificativa para o descumprimento de direito fundamental e a efetivação do direito à saúde.

Deve o Estado, segundo consta no mandamento da constituição, assegurar todos os tratamentos, medicamentos ou recursos que propague a condição biológica da saúde humana a todos que invoque. Isto porque, revela-se evidente que os princípios da universalidade e da integralidade são premissas que devem ser observadas pelo Estado, não se desconhecendo, no entanto, que há limitações orçamentária e o atendimento a todos que recorram do Sistema Único de Saúde se torna fatidicamente utópico.

Contudo, as questões orçamentárias não têm o condão de mitigar a aplicação de dispositivos constitucionais, especialmente aquele que se são considerados como direitos fundamentais e torna-se meio eficaz à efetivação do direito à saúde. Por isso é constante a resistência da adoção dessa teoria pelo Supremo Tribunal Federal, como pondera a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 684.445. SP, de sua relatoria, julgado em 17/05/2017:

> A noção de reserva do possível, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

A escassez de recursos econômicos exige que essas demandas sejam gradativamente atendidas por intermédio de planejamento governamental e seleção de prioridades (KRELL, 2002, p. 52), o que não é o enfoque primário do Poder Judiciário, pois a cátedra do direito, como regra, se trata de ciência social que busca a visão do “dever-ser”. Nesse contexto, lembre-se que a origem do direito brasileiro é romana, positivando-se condutas em ordenamentos jurídicos próprios.

Ricardo Lobo Torres (1989, p. 30) esclarece que, as proteções dos direitos sociais e econômicos demandam prestações positivas que acarretam despesas para o ente público e a implementação desses direitos está subordinada à reserva do possível, cuja atuação depende da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do desempenho da despesa pela Administração.

Contudo, a questão envolvida na efetividade do direito à saúde e a aplicação de recurso financeiros para o tratamento e disponibilização de medicamentos, decorre de um raciocínio que envolve outras ciências, tal como a econômica e a de ciências políticas, por exemplo.

Novamente fazendo uso dos ensinamentos de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 107) é possível acrescentar que a "reserva do possível perdeu o sentido originário ao chegar ao Brasil, que a considerou fática, em contraposição com a reserva do orçamento que seria jurídica”, concluindo que "passou a ser reproduzido na doutrina, que extrapolou a reserva do possível dos direitos sociais para os direitos fundamentais e o mínimo existencial.

Nesse sentido, a reserva do possível serviu para alargar a judicialização da política orçamentária e asseverar uma discussão de que interferência dos Poderes, porquanto, em mesma linha, todos os julgados passam, direta ou indiretamente, na análise argumentativa de que o Poder Judiciário intervém na política pública, econômica e orçamentária e nas tomadas de decisões pelos Poderes Executivos (*lato sensu*).

Ana Paula de Barcellos conceitua que, de forma geral, a expressão reserva do possível visa “identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas" (2008. p. 261).

Significa dizer que por mais que o direito à saúde seja disponibilizado a todos os cidadãos e o Estado tem o dever de garantir a efetivação desse direito, certo que se trata de uma visão utópica, pois há um limite de recursos materiais e financeiros para efetivação do direito social à saúde.

Nessa realidade, os Entes Públicos têm alinhavado a teoria da reserva do possível, de forma distinta daquela originalmente proposta, como justificativa para não cumprir os dispositivos constitucionais considerados fundamentais, contribuindo, inclusive, com a crescente judicialização no âmbito da saúde.

Dessa maneira, a hipótese de que a teoria reserva do possível não se enquadra na sistemática brasileira se confirma, posto que, o próprio conceito extraído da Corte Alemã impõe que, em razão do desenvolvimento daquele Estado, aliado ao poderio econômico que subsiste e a participação direta do Estado na minimização ou extinção do estado de miserabilidade de seu povo.

No Brasil, no entanto, em razão dos próprios princípios da integralidade e universalidade, considerando o déficit do orçamento público voltado ao atendimento da população para efetivação ao direito à saúde e a precariedade do Sistema Único de Saúde, os Entes Federados buscam alicerçar a adaptação da teoria da reserva do possível para justificar o não atendimento das premissas estabelecidas, especialmente, pelos arts. 196 e 198, Inciso II da Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

Este artigo teve por objetivo responder a seguinte inquietação: A reserva do possível é uma teoria que se enquadra e se tem eficácia no sistema jurídico brasileiro?

A resposta é negativa, pois verificou-se que a teoria sofreu modificações conceituais significativas, em decorrência da própria realidade brasileira e alemã, usando-se, no contexto nacional, como uma justificativa para o descumprimento do atendimento de toda a população pelo Sistema Único de Saúde, tal como determinam os princípios da universalidade e integralidade, insculpidos nos arts. 196 e 198, Inciso II, da Constituição Federal.

Nessa linha, a jurisprudência pesquisada demonstrou que Poder Judiciário não aceita a adaptação da teoria da reserva do possível no Brasil, como meio de desconstituir o direito fundamental à saúde, cuja adaptação se revelou como uma justificativa da incapacidade de atendimento a todos os tratamentos médicos e de medicamentos pleiteados pela população, tratando-se, em verdade, de questões atinentes a outras ciências, que não a do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY**,** Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª Ed. 4ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros. 2015.

ANTUNES, Ruy Barbedo. **Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: a questão relacional.** Rev. Esc. Direito, Pelotas, v. 6, n. 1, p. 331-356, jan./dez., 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4ª ed. rev. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**. Parecer s/nº 2007 publicado na Revista da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Vol. 63. 2008. p. 320-345. Disponível em: https://www.pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2008-volume-63. Acesso em: 10 out. 2018.

BASTOS, Alder Thiago. LIMAVERDE, Daniel Ferreira. **A (in)constitucionalidade da lei paulista frente ao direito social da saúde das pessoas submetidas à gastroplastia.** Anais do I Congresso Faculdade Bertioga e Fundação Costa Norte de Direito e Políticas Públicas / Paulo Antonio Rufino de Andrade (Coordenador).

Nelson Speranza Filho, Thaís de Camargo Oliva Rufino Andrade, Cristina Schmidt Silva Portero (Organizadores). Bertioga (SP): Fundação Costa Norte, 2018. Disponibilizado em: http://www.faculdadebertioga.com.br/pdf/ANAIS%20I%20CONGREFAC.pdf . Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 271286.** RS, Relator: Celso de Mello.

Data de Julgamento: 11/09/2013, Segunda Turma. Acesso em 10/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** 706931. RN, Relator: Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 15/05/2015. Acesso em 10/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 724292. RS,** Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 01/02/2016. Acesso em 10/10/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 684445.** SP**,** Relator(a): Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 17/05/2017. Acesso em 12 out. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Publicado em 1948. Disponibilizado em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 25 out. 2017

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre, RS: Fabris, 2002.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. **O principio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil.** Publicado em 02/2012. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php. Acesso em 10/10/2018.

MAGALHAES, Leislei Lester dos Anjos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARREIRO, Cecília Lobo. **A interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana no atual contexto da Constituição brasileira.** Publicado em 01/2013. Disponível em https://jus.com.br/artigos/23382/a-interpretacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-atual-contexto-da-constituicao-brasileira. Acesso em: 10 out. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários a Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva, 1994.

SAMPAIO, Nestor. **Classificação dos direitos fundamentais**. Artigo Publicado em 2014. Disponível em http://nestorsampaio.jusbrasil.com.br/artigos/112229557/classificacao-dos-direitos-fundamentais. Acesso em: 10 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Figueiredo. Mariana Fichtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Edição nº 1, datada de out./dez. 2007. Disponibilizado em: http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73. Acesso em: 10 out. 2018.

SARRETA, Fernanda de Oliveira. **Educação permanente em saúde para os trabalhadores do SUS.** São Paulo: UNESP, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça.** Salvador: Dois de Julho, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de *Direito* Administrativo e-ISSN: 2238-5177. Publicado em 1989. Disponibilizado em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.