



OS CUSTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE ACERCA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E AS DESPESAS DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

THE COSTS OF HEALTH JUDICIALIZATION: AN ANALYSIS OF THE POSSIBLE RESERVE PRINCIPLE AND THE EXPENSES OF THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS

Marcia Fernanda Alves¹
Cleize Carmelinda Kohls²

Resumo: A Constituição Federal de 1988 positivou o direito à saúde como um direito fundamental, com isso o Judiciário Brasileiro tem recebido nos últimos anos muitas ações com pedidos ao Estado objetivando a realização deste direito fundamental. Porém, em um ambiente de insuficiência de recursos financeiros e ilimitadas necessidades humanas, deve-se prezar pela adequada administração e alocação dos recursos disponíveis. Com isso, o Poder Público constantemente se manifesta pela impossibilidade de realização destes direitos, alegando escassez de recursos. O objetivo deste trabalho é analisar a aplicação do princípio da reserva do possível pelos tribunais brasileiros perante as demandas que reclamam prestações positivas do Estado, principalmente as que tangem sobre o direito à saúde. Para tanto, primeiramente, será contextualizado sobre a introdução do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, bem como os conceitos e as causas da expansão desenfreada da judicialização da saúde. Em seguida, será analisada a teoria dos custos dos direitos no âmbito dos direitos fundamentais. Por fim, o trabalho aborda o conceito da reserva do possível, desde sua origem na Alemanha até sua aplicação no direito brasileiro, relacionando-o no contexto da efetivação dos direitos fundamentais sociais, o qual serve como parâmetro para a aferição da proporcionalidade das restrições que o Estado, impõe à eficácia destes direitos.

¹ Graduanda do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Membro do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, coordenada pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Henning Leal. E-mail: marcia-alves10@live.com.

² Mestre em direito, com linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, coordenada pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Henning Leal. Professora do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. E-mail: cleizekohls@gmail.com.



Palavras Chave: Custos do Direito. Direito à saúde. Direitos Fundamentais Sociais. Judicialização. Reserva do Possível.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 affirmed the right to health as a fundamental right, with which the Brazilian Judiciary has received in recent years many actions with requests to the State aiming at the realization of this fundamental right. However, in an environment of insufficient financial resources and unlimited human needs, one must take care of the proper administration and allocation of available resources. With this, the Public Power is constantly manifested by the impossibility of realizing these rights, claiming scarce resources. The objective of this study is to analyze the application of the principle of the reserve of the possible by the Brazilian courts before the demands that demand positive benefits from the State, especially those that touch on the right to health. To do so, it will first be contextualized on the introduction of the right to health in the Federal Constitution of 1988, as well as the concepts and causes of the unbridled expansion of the judicialization of health. Next, the theory of the costs of rights in the framework of fundamental rights will be analyzed. Finally, the paper deals with the concept of the reserve of the possible, from its origin in Germany to its application in Brazilian law, relating it in the context of the realization of fundamental social rights, which serves as a parameter for the measurement of the proportionality of the restrictions that the State, imposes on the effectiveness of these rights.

Keywords: Costs of Law. Right to health. Fundamental Social Rights. Judiciary. Reserva do Possível.

INTRODUÇÃO

A saúde está assegurada na Constituição Federal como um direito de todos, passando a ser um direito público subjetivo e um bem jurídico constitucionalmente tutelado. Dessa garantia constitucional, incidem variados pedidos judiciais ao Estado de remédios, tratamentos especializados, internações para tratamento de dependência química e até mesmo cirurgias de transplantes, objetivando passar na frente de outro paciente em lista de espera.



Afigura-se lugar comum nos discursos voltados à problemática da exigibilidade dos direitos sociais a alegação dos denominados “custos dos direitos”.

Tal premissa parte do pressuposto de que não haveria condições financeiras de o Poder Público arcar com as despesas para a garantia dos direitos prestacionais, demandando escolhas por parte do Administrador no seu juízo de conveniência e oportunidade, dentro da “reserva do possível”.

Diante dessa situação, questiona-se: Há lugar para escolhas administrativas na esfera da proteção dos direitos fundamentais sociais? Como solucionar o dilema entre a reserva do possível e a efetividade dos direitos à saúde?

Para uma melhor análise do tema, o trabalho fará uma exposição acerca da constitucionalização e judicialização do direito à saúde, mais precisamente no que se diz respeito aos custos da efetivação deste direito, envolvendo o princípio da reserva do possível.

O assunto proposto é de grande significância, uma vez que trata de demandas acerca da judicialização da saúde, assunto que está sendo proposto em grande escala no atual cenário do judiciário brasileiro.

Nota-se que, embora legítima a intervenção do judiciário na efetivação do direito à saúde, há a necessidade de uma modificação do atual cenário, com o objetivo de alcançar, de modo mais célere, a proteção dos direitos acima descritos.

O tema também merece reflexão por parte da comunidade em geral, pois a inércia do ente estatal, não raras vezes, põe em risco valores fundamentais tutelados pela Constituição, dentre eles a dignidade da pessoa humana e a própria vida.

O procedimento adotado para expor a problemática proposta foi a pesquisa bibliográfica e as decisões emitidas pelo Poder Judiciário sobre o assunto, uma vez que trata-se de um tema relevante e controverso dentro da seara da saúde, o que demanda uma profunda análise e será objeto do presente trabalho.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde emerge no constitucionalismo contemporâneo interligado ao direito à vida e à existência digna, pois “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado” e é com esse conceito que a Constituição Federal de 1988 inicia seu artigo



196 para expressar o comprometimento do Estado para salvaguardar a todos os cidadãos o pleno direito à saúde (BRASIL, 1998, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Essa garantia, conforme a literalidade do artigo mencionado, será efetivada “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1998, <<https://www.planalto.gov.br>>).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos³, em seu art. 125 dispõe que:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Nossa atual Constituição Federal traz duas principais características a respeito do direito à saúde: o reconhecimento como direito fundamental e a definição dos princípios que regem a política pública de saúde, traz no artigo 198, II, “o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (BRASIL, 1998, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Uma vez que a saúde se caracteriza como um bem jurídico inerente do direito à vida, bem como está entre os bens mais preciosos, é digno de auferir tutela protetiva do Estado, devendo estar totalmente inserida aos programas governamentais de políticas públicas.

Durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, as bases para criação do SUS foram instaladas, mas somente em setembro de 1990, foi sancionada a lei que trataria das condições para promover, proteger e recuperar a saúde, a qual trata especificamente em seu art. 4º sobre o Sistema Único de Saúde – SUS:

É o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições Públicas Federais, Estaduais e Municipais, da Administração Direta e Indireta e das Fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

O SUS está diretamente relacionado à responsabilização e garantia a saúde por parte do ente estatal e surge com o intuito de estar disponível para toda a

³ Adotada e proclamada pela Resolução nº 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas realizada em 10 de dezembro de 1948, foi retificada pelo Brasil na mesma data.



população, é uma reformulação política e organizacional para a estrutura dos funcionamentos e ações de saúde estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, o qual é regulamentado e estruturado pela supracitada Lei nº 8.080/90, bem como pela Lei nº 8.142/90, a qual dispõe acerca da inserção da comunidade na administração do SUS e sobre as transferências de recursos na área da saúde.

Dessa forma, a Lei Orgânica da Saúde, nº 8080/90, salienta a integração da prevenção e da assistência, modalidades de proteção à saúde indissociáveis as quais englobam o acesso aos tratamentos necessários para a proteção e restabelecimento da saúde.

Por essa razão, estão incluídos no campo de atuação do sistema público de saúde “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção e o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde” (artigo 5º, VI e VII). Dessa forma, o sistema deve propiciar ao usuário a assistência terapêutica integral (artigo 6º., I, “d”).

Os princípios doutrinários que organizam o SUS têm como base os preceitos Constitucionais, isto é, universalidade, equidade e integralidade, os quais possuem por objetivo proporcionar o acesso aos serviços de saúde a todos sem qualquer tipo de distinção; devendo haver um investimento mais abrangente onde a carência é maior, para que assim as desigualdades possam ser minimizadas, considerando cada cidadão como um todo, atendendo todas as suas necessidades.

A inoperância do Estado na gestão da saúde vem gerando uma busca incessante e crescente dos pacientes por liminares na Justiça, a fim de tornar efetivo o direito fundamental de todos à saúde, assegurado pela Constituição. A continuar nesse ritmo, logo teremos um colapso total no sistema de saúde do Estado e do País.

Barroso define judicialização como uma procura para resolver uma lide de grande repercussão, política ou social, decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas nacionais, envolvendo assim, a transferência do poder à juízes e tribunais. (BARROSO, 2011 *apud* NOBRE, 2011, p. 356-357)

À judicialização é atribuído três grandes causas. Segundo Barroso a primeira seria a redemocratização do país, a qual expandiu e fortaleceu o Poder Judiciário e aumentou a demanda por Justiça na sociedade brasileira, pois o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência



de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. (BARROSO, 2012).

A segunda causa foi a criação de uma constituição abrangente, a qual trouxe várias matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária e para o processo político majoritário. Então se a Constituição assegura o direito ao meio-ambiente equilibrado, por exemplo, é possível judicializar a exigência desse direito, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessa área. (BARROSO, 2012).

A terceira e última causa da judicialização, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que um dos mais abrangentes do mundo. Assim adota-se a fórmula pela qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, é permitido que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser levada ao STF. (BARROSO, 2012).

Estas decisões judiciais não tinham uma padronização e não traziam uma discussão aprofundada acerca de questões específicas de saúde. Isto fez com que os magistrados decidissem com frequência de maneira solitária as demandas de saúde que eram apresentadas a eles.

A consequência foi uma ampliação decisiva dos serviços de saúde pela via judicial e, um dos exemplos mais paradigmáticos dessa virada judicial, foi o reconhecimento do dever do Estado de concessão de antirretrovirais para portadores de HIV/Aids, onde a indisponibilidade de medicamento gerou uma circunstância limite para a pessoa que necessitava do tratamento para a preservação de sua saúde e vida. Consciente dos seus direitos, o portador de HIV decidiu recorrer à Justiça.

O movimento de AIDS no Brasil conseguiu extrair do componente jurídico seu potencial transformador, impulsionando mudanças amplas e estruturais a partir do uso estratégico das leis nacionais, na perspectiva dos direitos humanos. As práticas de intervenção judicial desse movimento têm auxiliado outros movimentos a refletirem e redirecionarem suas linhas de ação. Na história brasileira recente nenhum outro movimento obteve um grau tão satisfatório de efetividade da legislação genérica nacional existente como o das pessoas vivendo com HIV/aids". E, para ela, as assessorias jurídicas oferecidas pelas ONGs, ao lado do Judiciário, têm papel "marcante



e decisivo na construção do modelo de atenção às pessoas com aids praticado no Brasil. (VENTURA, 2003).

Não se desconhece que a saúde, enquanto direito fundamental, é direito subjetivo de cada um exigir do Poder Público ações e serviços de saúde. Porém, a saúde também é direito de todos e deve ser efetivamente implementada por políticas públicas, sociais e econômicas, pois as demandas individuais, levadas à decisão judicial, importam em determinar, de acordo com indicação médica, a realização do tratamento, internação, entre outros fatores, sem levar em conta outra situação clínica semelhante em que não há ordem liminar judicial. Eis a questão do ponto de vista da gestão da saúde.

A atribuição do bem comum e a repartição das riquezas, desde Aristóteles, é tarefa a cargo do sistema político e da democracia, buscando-se um equilíbrio social entre democracia política e economia, também chamado de desenvolvimento com liberdade. A eficiência é uma imposição jurídica e econômica ao gasto público. O sistema democrático, por intermédio dos orçamentos públicos, deve eleger prioridades de gastos sociais e definir quais demandas serão atingidas, levando-se em conta a realidade de que nem todas as necessidades sociais poderão ser supridas, mas os gastos nas prioridades eleitas deverão atender a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando desperdícios de recursos públicos.

Esta prioridade de atendimento deve ser escolhida pelo governo democraticamente eleito, tratando a saúde como direito coletivo, por intermédio de políticas públicas racionais que levem em consideração os recursos disponíveis, as necessidades prioritárias nos gastos sociais, controlados pelo orçamento e pelo Ministério Público (por intermédio de ações coletivas), deixando a cargo do Judiciário apenas o atendimento daquelas demandas individuais que tenham por objetivo a preservação do mínimo existencial, compreendido pelas condições materiais básicas para a existência, como fração nuclear da dignidade da pessoa humana. Do contrário, o sistema implode.

3 OS CUSTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Em que pese a saúde ser um bem que une o interesse social e o individual, sendo uma condição indispensável para o bem-estar geral e de toda atividade, até mesmo a econômica, esse direito esbarra na escassez de recursos da



administração pública, tendo em vista que nem todos os tratamentos, exames ou cirurgias estão disponíveis por meio do SUS e isso, associado à progressiva politização do direito a saúde no Brasil, faz com que tal direito seja cada vez mais submetido à atuação das instituições jurídicas para sua concretização.

Atualmente, o Poder Judiciário tem se destacado entre os demais Poderes, principalmente no que concerne à concretização dos direitos, que está cada vez mais judicializado. Devido a isso, o protagonismo do Judiciário na gestão da saúde se intensifica, direcionando-se a diversos serviços privados e públicos, como a disponibilização de exames, fornecimento de medicamentos e até mesmo no tratamento de saúde no exterior.

Contudo, essa expansão desenfreada vem preocupando juristas e gestores, pois provoca alterações no orçamento que podem sair do controle do Executivo. Por isso, a questão que precisa ser debatida é: até que ponto podemos estabelecer uma média de atuação do Poder Judiciário? E, tendo em vista o elevado custo desses processos, nos perguntamos: qual o limite que o Estado consegue gastar sem que prejudique as demais políticas públicas? Em uma reportagem, o Ministro da Saúde destacou que a judicialização custaria R\$ 7 bilhões:

De 2010 até julho de 2016, os custos da União totalizaram R\$ 3,9 bilhões com o cumprimento das sentenças. Só neste ano já foram desembolsados R\$ 730,6 milhões. Somados os gastos da União, estados e municípios, a previsão é de que o montante chegue a R\$ 7 bilhões em judicialização este ano. Em 2015 foram gastos R\$ 5 bilhões. “O atendimento à população tem que ser feito, mas sem que isso afete toda a programação orçamentária dos órgãos ligados à saúde”, enfatizou o ministro da Saúde, Ricardo Barros.⁴

Em contrapartida, a ministra Cármen Lúcia, atual presidente do STF, durante a abertura da oficina para suporte em decisões sobre saúde no Hospital Sírio-Libanês, no dia 07 de novembro de 2016, em São Paulo, declarou não se preocupar com o custo da judicialização:

Eu sou juíza, não sou ministra da Fazenda. Não desconheço a responsabilidade dele. Eu não sou ministra da Saúde. Eu sou juíza, eu tenho a Constituição, que diz que é garantido o direito à saúde. Eu estudo que a medicina pode oferecer uma alternativa para essa pessoa viver com

⁴ ><http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>< acesso em 10 de setembro de 2018.



dignidade. Convenhamos, a dor tem pressa. Eu lido com o humano, eu não lido com o cofre.⁵

Esse depoimento demonstrou que, apesar de ser relevante, o argumento da limitação orçamentária não basta para limitar o acesso da população à saúde, direito já garantido em nossa Constituição Federal. Pois, durante a reiterada omissão do Estado, a atuação do Poder Judiciário é imprescindível para efetivação do direito à saúde nos casos concretos. Se a população busca pelo Judiciário com o intuito de obter algum tratamento ou medicamento é porque o Estado negou-lhe tal prestação.

Por conseguinte, a Constituição Federal garante o acesso à justiça como direito fundamental, onde diz em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Atualmente verifica-se uma judicialização acentuada, sem equilíbrio ou prudência; a procura por tratamentos médicos no Brasil ou no exterior, medicamentos, próteses, sem parâmetro de valor, desde os mais simples e baratos até os que custam milhares de reais, ou seja, essa judicialização não há critério. E, muitas vezes, o requerente nem mesmo tentou por via administrativa – que reflete a ideia do Poder Judiciário como a primeira e última saída. Frente a essas peculiares e diferentes demandas, o Poder Judiciário não pode se abster de julgar, como antes já asseverado, cabe a ele concretizar esse direito que é previsto constitucionalmente como direito fundamental (RODRIGUES; MAAS, 2016).

Assim, nos deparamos com uma colisão de ideias, as quais em seus textos envolvem assuntos que interferem de forma direta na aplicação de recursos pelo Estado, bem como na qualidade de vida da população.

Contudo, a diferença entre preço e dignidade incide justamente no fato de que determinados bens são suscetíveis de quantificação; outros, por seu turno, não são passíveis de expressão monetária, pois são extraídos da dinâmica da condição humana.

Colocar preço naquilo que tem dignidade é romper o ponto de estofo fundamental de que o ser humano deve ser tratado com igual consideração e respeito pelos demais integrantes da comunidade. O descrédito aos direitos implica no agravamento das desigualdades e da pobreza, instituindo uma espécie de

5 ><http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83799-a-dor-tem-pressa-diz-presidente-do-cnj-ao-abrir>< acesso em 10 de setembro de 2018.



deslealdade comunicativa às estruturas do reconhecimento recíproco dos cidadãos no Estado Democrático de Direito.

Daí que se a Constituição assegura a proteção dos direitos da criança e do adolescente, do idoso, do deficiente, da mulher vítima de violência doméstica, entre outros, por intermédio de ações afirmativas e políticas públicas sociais, não está autorizado o Poder Público a fazer tabula rasa ou relegar a tutela estatal ao sabor das “escolhas” administrativas. Tal condicionamento, além de ilegítimo, fere o pacto constituinte que alicerça a relação de confiança que se estabelece entre o Povo e os governos, sob a ótica da democracia representativa.

Ora, sendo o ser humano um ente de relação, a observância das esferas do indefinível conduz o Estado a intervir obrigatoriamente para atender às demandas em torno da exigibilidade dos direitos sociais.

Assegurar a vida humana, em toda a sua plenitude, na tutela incondicional da saúde, da educação, do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, haja vista que a liberdade somente se completa na intersubjetividade.

Por conseguinte, é de todo descabida a eventual escusa administrativa para o não-fazer, para a omissão lesiva do direito a uma vida digna, que inclui não apenas a satisfação de necessidades prementes, mas também as condições humanas para uma existência com liberdade real e que permita o pleno desenvolvimento da pessoa humana, assegurando-lhe saneamento, saúde, educação, assistência social, etc. O abismo entre a escolha (ilegítima) e a decisão administrativa reclama a travessia pela ponte dos direitos fundamentais, para a construção de uma sociedade efetivamente democrática e solidária nos caminhos do porvir.

Porém, apesar dos direitos sociais estarem previstos em normas que permitem atividade legislativa e administrativa de caráter complementar, é importante que haja controle dessa atuação estatal, para que possíveis abusos sejam evitados.

A boa notícia em relação ao assunto é que, de acordo com o Tribunal de Justiça/RS, o ingresso de novas ações na área da saúde, envolvendo principalmente pedidos de remédios e tratamento médico-hospitalares, caíram mais de 90% no estado do Rio Grande do Sul. Conforme se depreende do gráfico a seguir:



Fonte: Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=420723>, acessado em 09 de setembro de 2018.

De acordo com o Desembargador Martin Schulze, coordenador do Comitê da Saúde, essa redução só foi possível em razão de uma rede de cooperação que abrange os setores públicos, privado e a sociedade civil organizada, bem como, na comunidade em geral, o qual passou a tratar da judicialização de políticas públicas e apresentando novas soluções, para este cenário através de ações resolutivas.

Tudo isso é resultado das medidas tomadas pelos gestores públicos para tornar mais transparente a oferta de leitos hospitalares, bem como as transferências inter-hospitalares. Foi disponibilizado endereço eletrônico, tanto para os Defensores Públicos, como para os magistrados, facultando a consulta prévia da situação das vagas nos hospitais, bem como para respeitar ao máximo possível a regulação promovida entre o Estado e os Municípios, destacou Martin Schulze. (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=420723>, acessado em 09 de setembro de 2018).

De acordo com o levantamento, entre 2015 e 2016, a Secretaria Estadual de Saúde gastou quase R\$ 50 milhões a menos, devido ao trabalho conjunto do Comitê, trazendo grande economia aos cofres públicos.

Desta forma, fica evidente o quão é necessário que, tanto a sociedade quanto a comunidade jurídica, avaliem o assustador cenário, pois não se pode admitir uma judicialização sem limites. Outrossim, não é razoável que o Judiciário seja um dos principais responsáveis pela efetivação do direito à saúde, uma vez que tal papel é



destinado principalmente ao Executivo, que também deve zelar pela aplicação adequada do texto da Constituição Federal e da legislação relacionada a tal direito.

4 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Nos anos de 1970, na Alemanha, originou-se o princípio da reserva do financeiramente possível, ou o também conhecido termo reserva do possível, princípio que está diretamente ligado à realização dos direitos sociais.

Na época, o princípio surgiu por conta de um julgamento no Tribunal Constitucional Federal Alemão, em um caso em que se discutiam o acesso às universidades. Nesse processo alguns estudantes questionaram o fato de não terem sido aceitos na faculdade em razão da limitação do número de vagas. A ação impetrada foi baseada no artigo 12, I da Lei Fundamental Alemã, o qual dispõe que “*todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional.*”.

Criou-se então a decisão conhecida por *Numerus Clausus*, na qual o Tribunal Constitucional Alemão indagou se tal direito estava dentro da capacidade financeira do Estado, ou seja, se o Estado conseguiria assumir os custos que decorreriam do aumento do número de vagas na universidade.

Nesse caso, a decisão do Tribunal teve como foco principal verificar quanto é possível um indivíduo exigir da sociedade, verificando se esta pretensão é ou não razoável. Assim a reserva do possível acabaria atuando como uma espécie de limite aos indivíduos em face dos direitos sociais.

Afirmou-se na mesma decisão, que as restrições aos direitos previstos na Lei Fundamental Alemã, em seu artigo 12, não podem ser absolutas e só ocorrerão ante certas circunstâncias e condições, devendo atender sempre à razoabilidade, bem como que o Estado não deve prestar assistência aos que dispõem de meios necessários para ter uma vida digna.

Conforme Ingo Sarlet, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2003).



Para Fabiana Kelbert (KELBERT, 2011), autora gaúcha, seria impossível aplicar o princípio da reserva do possível no Brasil da mesma forma com que foi construído em sua origem na Alemanha, tendo em vista que a base legal que originou a demanda no Judiciário Alemão adveio de norma que não possui previsão similar em nossa Constituição Federal.

Porém, tal argumento não deve ser acolhido, uma vez que em nosso país o desenvolvimento deste princípio teve outro foco, tendo em vista que na Alemanha a reserva do possível não teve seu foco principal na questão financeira ou orçamentária, o que acabou acontecendo quando veio pro Brasil, isso significa que a prestação de alguns direitos sociais por parte do Estado estaria condicionada à existência de recursos financeiros, de dinheiro nos cofres públicos. Assim, eventual não realização de algum direito social teria como fundamento a insuficiência de recursos, já que eles são escassos.

Este tema da reserva do possível não tem um tratamento uniforme, nem na doutrina, nem na jurisprudência, por isso é comum que no caso prático, questões envolvendo direitos sociais sejam analisadas por múltiplas perspectivas para ver se determinada pretensão é proporcional, razoável e também se existe disponibilidade financeira.

Por este motivo que a discussão sobre a reserva do possível é muito comum de ser ouvida quando se discute a judicialização de políticas públicas, especialmente em temas como educação e saúde.

Para alguns pesquisadores como Ana Carolina Lopes Olsen, este princípio age como um limitador da concretização dos direitos sociais, em razão da alegação de escassez de recursos, porém, estes recursos não são escassos para outros fins, devendo isto ser investigado, bem documentado e fundamentado, e não tomado como uma verdade incontestável (OLSEN, 2006).

Deve-se levar em consideração também que:

[...] a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade. (CUNHA JUNIOR, 2008).

Fabiana Kelbert destaca que deve haver um cuidado para que a concretização de alguns direitos sociais não impossibilite a realização de outras prestações por



parte do Estado, salienta também que a satisfação de um direito litigado em via judicial poderá esgotar a capacidade orçamentária do Poder Público e, desta forma, poderá inviabilizar a prestação de outros direitos fundamentais ou até daquele mesmo direito, em demanda diversa (KELBERT, 2011).

No que se refere à aplicação da reserva do possível no Brasil, podemos destacar que esse princípio ganhou força na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal depois da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, a qual extinguiu a ADPF n.º 45.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, ha uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, ate hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência tem percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, esta crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

A referida ação tratava acerca do veto presidencial a um dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias⁶, o qual visava assegurar recursos mínimos para a área de saúde. Desde então observa-se um equívoco em se conceber este instituto apenas sob o aspecto financeiro, não se atendo às suas demais nuances.

Verifica-se nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal o princípio da reserva do possível ganha tratamento diferente quando o assunto é relacionado aos direitos à saúde e à educação, tornando-se um componente que prepondera nas decisões. (WANG, In: SARLET,TIMM, 2013). Nesses casos, os julgadores

⁶ Conteúdo material do dispositivo vetado: § 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.



reconhecem a necessidade de proteção aos direitos sociais, observando o princípio do mínimo existencial, e assim, não aplicando-se a reserva do possível nestas situações.

Na maioria das decisões emitidas pelo STF, são baseadas em posições que o ministro Celso de Mello adotou, onde ele se desvia da literatura dos direitos fundamentais, abordando, sobretudo, a questão da aplicabilidade imediata.

Na prática, para estas decisões, os argumentos que utilizam o princípio da dignidade da pessoa humana assumem caráter absoluto em relação ao princípio da reserva do possível, ainda que este tenha relevância constitucional.

Desta forma, fica evidente que a posição geral do Supremo Tribunal Federal tende a julgar procedentes as demandas que envolvem o direito à saúde.

6 CONCLUSÃO

Em tempos de crise política e econômica, os direitos sociais são os mais afetados pela omissão e pela falta de planejamento do poder público.

Com efeito, as restrições no repasse de recursos públicos às áreas que cuidam da saúde, evidenciam a necessidade de um amplo debate em torno da fiscalização das políticas públicas e os limites e as possibilidades do controle jurisdicional.

No âmbito dos direitos sociais, os pratos da balança do sistema judicial pendem ora em direção ao Estado, ora rumo à efetividade da Constituição.

Assim, retomando o questionamento que originou esta pesquisa, conclui-se que o Estado deve obedecer ao princípio da reserva do possível, segundo o qual o Poder Público atua balizado por cada caso, levando em consideração a concreta necessidade do cidadão, a distributividade dos recursos e a efetividade do serviço, para que seja assegurado o direito pretendido, observando as mínimas e dignas condições necessárias de sobrevivência, considerando a necessidade do cidadão e as possibilidades do Estado.

Por conseguinte, em tempos de crise do Estado Social, os direitos sociais devem ser interpretados à luz da coerência e da integridade do Direito, sendo que a fiscalização judicial, sobretudo nas políticas públicas, deve parametrizar os limites entre o ativismo e a judicialização, distanciando-se de propostas alicerçadas em “razões de Estado”, as quais comprometem a autoridade ou a validade da Constituição.



Desta forma, se o Estado observar, no caso concreto, que há necessidade, recursos disponíveis e que o serviço tem possibilidade de efetividade, deve assegurar o direito, para fazer jus ao princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, pois deve se ater às prioridades, levando em conta a necessidade da coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 09 de setembro 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2011 *apud* NOBRE, Milton Augusto de Brito. *Da denominada "judicialização da saúde": pontos e contrapontos*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da 9coord.) *o CNJ e os desafios da efetivação do direito a saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 353-366

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 09 de setembro de 2018.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*. Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) - Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

ROGRIGUES, Bruna dos Passos; MAAS, Rosana Helena. *A Judicialização Da Saúde Frente À Crise Da Jurisdição: Uma Análise Crítica Dos Dados Do CNJ Referente Ao TJRS*. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.



WANG, Daniel Wei Liang. In: SARLET, Ingo et TIMM, Luciano (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.p. 368-369.

VENTURA, Miriam. *Proposta de um plano de trabalho para as Assessorias Jurídicas das ONG/Aids, Relatório Consultoria Projeto 914BRA59 – PNDST/AIDS*, de outubro de 2000, revisado em março de 2003.