



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**UMA REFLEXÃO ACERCA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FACE AO
DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE A LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL**

Marconiedes Araújo da Silva
Prof. Dr. Gustavo Américo Máximo Santana Costa

Aracaju
2019

MARCONIEDES ARAÚJO DA SILVA

UMA REFLEXÃO ACERCA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FACE AO
DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE A LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca examinadora

Prof. Dr. Gustavo Américo Máximo Santana Costa
Universidade Tiradentes

Professor(a) Examinador(a)
Universidade Tiradentes

Professor(a) Examinador(a)
Universidade Tiradentes

UMA REFLEXÃO ACERCA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FACE AO DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE A LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

Marconiedes Araújo da Silva¹

RESUMO

O trabalho tem o escopo de analisar, à luz da jurisprudência firmada atualmente no STF e do pensamento doutrinário, os possíveis reflexos da aplicação do princípio da reserva do possível em face ao direito constitucional do acesso à saúde, enquanto garantia do mínimo para a realização de uma vida digna e como efetiva aplicação dos direitos humanos. Para isso, com a finalidade de compreendermos melhor o problema, inicialmente fizemos um breve resumo sobre tais princípios, suas abrangências e como o princípio da reserva do possível vem sendo utilizado pelas fazendas públicas para justificar a omissão estatal na implementação de políticas pública e direitos sociais, como verdadeira excludente da responsabilidade estatal. Após, demonstraremos como tais princípios estão sendo utilizados nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), buscando evidenciar o debate de ideias e o posicionamento firmado no Pretório. Posteriormente à análise jurisprudencial e doutrinária, finalizamos o presente trabalho nos posicionando sobre o tema tentando trazer a lume argumentos sólidos que respaldem nossa tomada de posição. Cuida-se de uma pesquisa bibliográfica, bem como exploratória nos votos proferidos pela Corte Suprema, de forma a trazer uma reflexão sobre o assunto que se mostra a cada dia mais atual no meio jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Dignidade Humana. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: marconiedes@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o condão de analisar os possíveis reflexos da aplicação do princípio da reserva do possível nas cortes superiores como forma de eximir a responsabilidade estatal na consecução e implementação de políticas públicas e direitos sociais. O tema se mostra relevante, visto que cresce o número de demandas em que tal princípio é utilizado pelas fazendas públicas como excludente da responsabilidade estatal, e, assas capaz de justificar a omissão estatal enquanto ente garantidor de direitos inerentes ao ser humano.

O objeto do nosso trabalho fora delimitado por questões didáticas. Para tanto, limitamos nossa pesquisa à doutrina e a jurisprudência, mas não deixamos de trazer importantes lições extraídas do pensamento clássico e dos vários trabalhos encontrados na literatura, como artigos e pesquisas acerca da matéria.

O objetivo é refletir sobre os possíveis reflexos causados pela aplicação ou não de tais princípios através do entendimento esposado na Corte Excelsa na aplicação do direito pátrio, nos posicionando sobre o tema, mas sem a pretensão de afirmar de forma conclusiva ser esse ou aquele entendimento o melhor ou mais correto, haja vista que não há, ao menos momentaneamente, consenso. Há ainda muita divergência dentro dos próprios tribunais, tanto quanto na doutrina e na jurisprudência.

A proposta de investigação do tema se deu em virtude da sua importância para a aplicação prática do direito e na vida cotidiana das pessoas, pois a aplicação de tais princípios nas decisões proferidas pelo judiciário impacta diretamente em um dos pilares da República, qual seja: a dignidade humana.

Sob este prisma, buscaremos resposta para a questão central, afinal, a aplicação do princípio da reserva do possível ou da consistência face ao direito individual à saúde é ou não uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana? Princípio este que fora alçado como vetor das tomadas de decisões estatais e revestido de cunho axiológico máximo em nosso ordenamento jurídico.

Para tentar responder a esta questão, usamos a metodologia da pesquisa bibliográfica e documental, para tanto, servimo-nos do referencial teórico de renomados doutrinadores e pensadores do Direito e também da análise e posicionamento dos ilustres ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Este será o caminho que tentaremos trilhar para trazer a lume a resposta ao questionamento e fundamento basilar do nosso posicionamento.

1 UM BREVE HISTÓRICO ACERCA DO SURGIMENTO DO TEORIA DO RESERVA DO POSSÍVEL E A MUDANÇA NA SUA INTERPRETAÇÃO PELA DOUTRINA PÁTRIA.

Antes de adentrarmos ao seu tema especificamente, com o escopo de compreendermos melhor o porquê da realização deste trabalho, necessário se faz realizar um breve apanhado histórico do surgimento da teoria que se originou sob o princípio da consistência ou da reserva do possível.

Com efeito, consoante lição extraída do artigo de autoria da Dra. Dayane Fanti Tangerino (2016), a teoria da reserva do possível é utilizada como excludente da responsabilidade estatal, sustentando que a satisfação dos direitos fundamentais é limitada pela capacidade orçamentária do Estado.

Portanto, a teoria surge para impor limites à atuação do Estado, afastando o direito constitucional privado e respaldo ao direito da maioria.

A teoria surge na Alemanha, e remonta a uma decisão da corte constitucional alemã

[...] a origem do princípio da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) remonta a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*), conhecida como *numerus clausus* de vagas nas universidades. (DOS SANTOS, 2010, p. 79)

Destarte, a construção teórica do princípio da reserva do possível, ao que se sabe, tem origem na Alemanha a partir dos anos de 1970, quando o Tribunal Constitucional Alemão inovou em decisão invocando tal princípio.

Trata-se de reivindicação dos estudantes alemães que não conseguiram adentrar na faculdade de medicina devido aos critérios de admissibilidade que limitavam o número de vagas.

Na ocasião os estudantes invocaram o artigo 12 da Constituição Alemã, segundo qual, todos os alemães têm o direito de escolher sua profissão, local de trabalho e de formação. Diante do impasse, surgiu então a teoria da reserva do possível, confirmando a exigência da razoabilidade dos pedidos formulados em desfavor do Estado.

Nesse sentido Ingo Sarlet nos trouxe importante lição:

[...] 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, p. 265)

Conforme se nota, a corte não reconheceu a ausência orçamentária, mas assentiu com a imposição do princípio da razoabilidade para o atendimento de demandas específicas, por entender que dispor de grandes recursos para satisfazer uma necessidade particular, ofenderia a proteção do bem comum, colocando em risco a necessidade da maioria da sociedade.

Importa salientar que na doutrina nacional, não há consenso na conceituação do princípio da reserva do possível, isto porque há várias interpretações dadas à teoria, não existindo, portanto, unanimidade quanto a sua natureza jurídica. A bibliografia brasileira utiliza o termo reserva do possível de forma variada, a depender da posição do autor.

Como se vê, o estatuto daquilo que se pode ter como reserva do possível varia ao sabor do autor, havendo pontos de convergência e de divergência a respeito do assunto, o que torna o seu estudo fragmentário, o que compromete mesmo o uso desse termo no espaço da racionalidade jurídica. (GOMES, 2013, p. 88)

Inobstante, o que se observa é que na importação da teoria para o Brasil, houve uma deturpação em seu conceito primário, confusão esta gerada entre o princípio da reserva do possível e o que se originou aqui, denominada de reserva do financeiramente possível, dando outra interpretação àquele conceito original firmado pelos alemães.

Neste sentido, Canotilho tornou-se crítico da concepção adotada pelo princípio da reserva do possível.

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. (CANOTILHO, 2004, p. 481)

No Brasil, a teoria da reserva do possível, qual não se refere à existência de recursos financeiros para a concretização dos direitos sociais, ganhou outro significado, tornando-se em teoria do financeiramente possível, exigindo, portanto, para a efetivação de direitos fundamentais, a existência de recursos públicos suficiente e previsão orçamentária.

Tenta-se justificar esse desvirtuamento do conceito do princípio no Brasil, em parte pelas condições socioeconômicas que diferem muito daquelas vivenciadas pela população na Alemanha. Nesse toar, é o magistério de Dirley da Cunha Júnior:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é

extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes. (CUNHA JR, 2011, p. 761)

Conforme se pode haurir da pena de professor Cunha Jr., não se pode olvidar que o traslado de teorias de países de base econômica e culturais sólidas como a alemã, devem se amoldar as condições socioeconômicas de países como o Brasil, isto porque, seria impossível transportar institutos de um país para outro sem levar em conta as condições da sociedade em que aportam.

2 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA RELAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O mínimo existencial trata-se da garantia de um patamar mínimo à garantia dos direitos fundamentais, dito de outra forma, é a garantia de que o homem tenha o mínimo para a sua sobrevivência com dignidade.

Não se trata, portanto, de um mínimo vital para o ser humano, mas de um mínimo de qualidade de vida. Neste sentir, note-se que a ideia de mínimo existencial está diretamente ligada à realização da dignidade do homem.

Para Haberle (2003, p. 356), a ideia de mínimo existencial relaciona-se com a dignidade humana, e não só, mas com o próprio Estado Democrático de Direito na concretização da ideia de justiça social.

Com efeito, o que se entende como mínimo existencial nada mais é que um arcabouço de direitos e prerrogativas que garantem ao homem uma existência digna. Demais disso, cumpre salientar que a dignidade foi estabelecida como fundamento da república², e alçada a categoria de princípio regente de todos os demais princípios constitucionais e, conseqüentemente, todo o ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da dignidade é, sem dúvidas, o mais abrangente dos princípios constitucionais, de cunho axiológico máximo no ordenamento pátrio, expressão de valor constitucional supremo. O referido princípio tem como base o reconhecimento da valorização do ser humano como sendo a fundamento para todo e qualquer direito.

A dignidade da pessoa humana assume relevo como valor supremo de toda sociedade para a qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa

² Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988

humana. É uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (CUNHA JR, 2014, p. 433).

Vítimas das barbáries perpetradas pelo Fascismo e Nazismo durante a Segunda Grande Guerra Mundial, a Itália e a Alemanha perceberam a necessidade de garantir que a dignidade humana fosse protegida de modo incisivo. Para tanto, positivaram em suas constituições vários dispositivos garantidores da efetividade dos direitos humanos.

No Brasil não foi diferente, a Carta Constitucional de 1988 ao consagrar o princípio da dignidade em seu bojo, afirmando-o como fundamento do Estado Democrático de Direito, o fez em resposta às atrocidades vividas no regime ditatorial iniciado em 1964, marcado por crimes e atos atentatórios à dignidade humana, como torturas, extradições e, sobretudo, prisões arbitrárias. Seu acatamento significa uma resposta ao preconceito, à intolerância, à ignorância, à opressão, constituindo-se em verdadeiro marco civilizatório.

A Constituição de 1988, portanto, ao aclamar tal princípio em seu núcleo, o fez com a finalidade de conferir justiça social, consubstanciando em reconhecimento da integridade moral do homem, independente de sua origem, raça, credo ou preconceitos de qualquer natureza.

Este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o texto maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. (BULOS, 2015, p. 513)

Parece-nos nítida a ideia de que o princípio do mínimo existencial tem relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana, haja vista que garantir o mínimo para a existência do ser humano, nada mais é que garantir também a sua dignidade.

3 A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELAS FAZENDAS PÚBLICAS.

A Constituição Federal de 1988 elencou um rol bastante amplo de direitos sociais, cuja observância, em especial pelo Estado, demanda um custo bastante elevado de recursos, motivo pelo qual, as Fazendas Públicas vêm evocando o princípio da reserva do possível, como forma de restringir a atuação estatal, ou seja, como verdadeira excludente da responsabilidade estatal.

Sucedese que para garantir a dignidade do homem, o Estado precisa conciliar entre o que se espera da sua atuação e o prisma da razoabilidade na efetividade dos direitos sociais e garantias fundamentais. De tal sorte, não se pode banalizar a responsabilidade estatal para lhe impor obrigações que poriam em risco sua própria existência. Todavia, de outro norte, não se admite a imunização do Estado no cumprimento daqueles deveres os quais desde seu surgimento ficou obrigado a realizar, na busca do bem comum e da pacificação social.

É preciso se ter em mente que todo e qualquer direito exigem custos elevados ao erário para sua efetivação, o desafio, pois, é equilibrar a imposição da reserva do possível a consecução da máxima efetividade dos direitos sociais e garantias fundamentais.

Outro ponto importante de ser observado, é que a supressão ou inobservância de qualquer direito fundamental, implica, inevitavelmente, em ofensa constitucional, por força do disposto no artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal³, verdadeira Cláusula Pétrea.

Além disso, cabe observar que é uma tendência mundial o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social, o que é plenamente aplicável no caso dos direitos sociais. A proibição do retrocesso social serve assim, portanto, para limitar a atividade legislativa frente aos direitos sociais já assegurados, salvaguardando-se a dignidade humana. (ARAKAKI, 2019)

Observe-se que os direitos sociais e as garantias individuais estão salvaguardados por um sistema protetivo constitucional bastante amplo, que qualquer ofensa a esses direitos, acarreta em ofensa ao próprio núcleo constitucional.

Destarte, as fazendas públicas utilizam o princípio da reserva do possível para justificar a omissão estatal na efetivação dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, sob o argumento da falta de recursos nos cofres públicos e, portanto, realizar demandas específicas poriam em risco uma série de ações mais amplas, podendo até colocar em cheque interesses do bem comum.

³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL FACE AO DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE

O direito à saúde fora elevado à categoria de direito fundamental pela Carta Magna de 1988, estando diretamente ligado ao direito à vida e a uma existência digna. O direito à saúde é reconhecido como um dos direitos sociais da república, que assim o reconheceu em seu capítulo II, sob o subtítulo dos direitos sociais⁴, e, pois, uma obrigação do Estado e garantia de todo o cidadão.

Não bastasse garantir o direito à saúde como um dos direitos fundamentais da república, quis o legislador reconhecer esse direito como sendo de todos, sem qualquer distinção, e mais, garantir que a efetividade desse direito fosse um dever do Estado. *Ex vi*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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, 1988)

Como visto, o legislador ordinário deu tratamento diferenciado à saúde pública, isto porque entendeu que tal direito está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Arretche (1996), dentre os direitos sociais, o direito à saúde foi tratado pelo constituinte com peculiar importância.

Ressalte-se que o constituinte de 1988 não delimitou o objeto desse direito, não estabelecendo de modo claro qual ou quais os deveres prestacionais referentes à saúde o Estado estaria obrigado a cumprir.

Acerca do tema, Ingo Sarlet (2006, p. 15) afirma que cabe ao legislador na esfera de sua competência, seja federal, estadual ou municipal, realizar as medidas aptas a concretizar esse direito, devendo o judiciário apenas interpretar as normas, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, quando acionado, em vias de sua concretização.

Registre-se que o direito à saúde foi positivado apenas no Carta de 1988, conhecida como Constituição Cidadã. Antes, porém, nenhuma outra constituição fez menção expressa a esse direito.

Complementarmente, o constituinte de 1988 possibilitou mais uma admirável evolução ao direito constitucional brasileiro ao prever o art. 196 da Magna

⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Carta, vez que consolidou a saúde como direito de todos e dever do Estado, instituindo, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (SCHWARTZ, 2001)

É de bom alvitre observar que a Carta Política de 1988 é o marco fundante do direito positivado à saúde no Brasil, garantindo tal direito a todos os cidadãos e impondo ao Estado o dever da sua concretização.

Em que pese a sensibilidade do legislador constituinte ao positivizar os direitos inerentes à saúde, sem ações concretas para sua efetivação, tal medida não é suficiente.

Em Bulos temos importante ensinamento sobre o apontamento:

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente. (BULOS, 2015, p.811)

Ante a ausência de regulamentação de muitos dos serviços ligados à saúde, o judiciário passou a ser palco do debate acerca da obrigatoriedade da garantia do seu acesso.

A falta de recursos e a má alocação dos recursos já existentes direcionados a saúde, criam um colapso em todo o sistema de saúde pública, e, por consequência, temos a judicialização desse direito de forma assustadoramente crescente em todas os tribunais do país.

Ações pleiteando o acesso a medicamentos, tratamentos, cirurgias, sejam por falta de previsão legal quanto às normas regulamentadoras do Sistema Único de Saúde, seja pela ausência ou insuficiência de recursos para garantir o acesso aos procedimentos e tratamentos já existentes na rede do SUS.

O problema da efetivação ao acesso à saúde chegou aos tribunais superiores, que até então decidiam de forma unânime pela obrigação dos entes públicos na realização de tais direitos. Todavia, hoje o entendimento das cortes superiores, é de ponderação, sobretudo o entendimento esposto no Superior Tribunal de Justiça, que ponderou a necessidade de observância de critério econômicos, necessária a segurança jurídica e sensível aos dispêndios impostos ao Poder Público quanto aos gastos relativos à saúde.

Com o advento da Constituição de 1988, as decisões referentes ao direito à saúde eram sempre favoráveis à concessão de tratamentos e medicamentos, não havendo sequer voto divergente.

Trazemos a lume importante excerto de voto proferido na corte suprema que evidencia o entendimento adotado pelo Pretório:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde 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, (...) 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 ao direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de 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. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286/RS, na data de 02 de agosto de 2000)

Observe que este era o entendimento também assentado na corte da cidadania, conforme se anota no fragmento do voto do Ministro Sidney Sanches no Recurso Extraordinário 198263/RS⁵:

Indisputável a obrigação do Estado em socorrer pacientes pobres da fenilcetonúria, eis que a saúde é dever constitucional que lhe cumpre bem administrar. A Constituição, por acaso Lei Maior, é suficiente para constituir a obrigação. Em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade.

Entretanto, houve mudança de posicionamento no Supremo, podendo ser considerada como marco desse movimento a suspensão da Tutela Antecipatória nº 91, julgada pela ministra Ellen Grace, que reconheceu pela primeira vez a insuficiência de recursos e evocou a razoabilidade na alocação desses para atender a maior número de pessoas possível, para atender ao caráter da universalidade imposta pelo artigo 196 da Lei Maior.

⁵ RE 198263, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, julgado em 12/02/2001, publicado em DJ 30/03/2001.

Com efeito, antes mesmo da suspensão da Tutela Antecipatória de nº 91, houve uma indicação da mudança de posicionamento pelo Supremo através do julgamento da ADPF nº 45⁶ que trouxe argumentos inovadores quanto ao princípio da reserva do possível.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

⁶ ADPF 45, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004.

Ressalte-se que pela primeira vez a questão orçamentária foi colocada em destaque nas questões envolvendo o direito à saúde. Por evidente, o presente julgado não trouxe posicionamento assaz capaz de fixar critérios objetivos para novas decisões, todavia, ventilava novos argumentos acerca do princípio da reserva do possível em face ao mínimo existencial.

O marco da mudança do posicionamento na corte suprema veio como já dito, através do julgamento da Tutela Antecipatória nº 91, de relatoria da ministra Ellen Grace⁷. Veja-se extrato do voto da relatora.

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde.

Cumprе ressaltar que hodiernamente as decisões continuam, em sua maioria, favoráveis à concessão do tratamento ou medicamentos pelos entes públicos, todavia, as decisões têm levado em consideração cada vez mais as peculiaridades do caso concreto, possibilitando a

⁷ SS 3073, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 09/02/2007, publicado em DJ 14/02/2007.

negativa do pedido, em proveito da ordem e da econômica pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando toda a explanação feita no trabalho, refletimos sobre o tema da aplicação do princípio da reserva do possível face ao direito individual fundamental de acesso à saúde.

Nosso entendimento, sem a pretensão de esgotarmos o tema, firmado sob os argumentos trazidos neste trabalho, é de que não há ofensa ao princípio do mínimo existencial a não concessão de tratamento ou medicamento em demanda específica, quando da análise do caso concreto, a concessão no caso específico possa tornar dificultoso o acesso ou até mesmo embaraçar recursos que seria de proveito de uma gama maior de beneficiários.

Desta forma, tese a qual nos filiamos é da observância da reserva do possível, pois, embora o Estado tenha o dever precípua, decorrente dos imperativos constitucionais de ofertar os meios para o acesso à saúde, através de políticas públicas e medidas capazes de efetivar a conquista desse direito.

Não vislumbramos que o Estado deva sob qualquer hipótese dispor de recursos para satisfazer toda e qualquer demanda. Isto porque o principal objetivo do estado é promover o bem comum e, conseqüentemente, a paz social.

Portanto, postulamos pela observância de critérios econômicos no caso concreto. Por obvio que a nossa vontade, é que tal direito fosse garantido a todos sem qualquer restrição, entretanto, temos quer ter em mente as dificuldades enfrentadas pelos entes públicos na realização de políticas capazes de propiciar a população tais direitos.

A falta de recursos, a má administração dos recursos já existentes e a judicialização de um número cada vez maior de demandas relativas à saúde, exigindo dos cofres públicos recursos financeiros dia a dia mais vultosos, podem ameaçar a realização de políticas públicas que beneficiem a população de modo geral, ou seja, o bem comum.

Com efeito, só a análise profunda e acurada do caso concreto será capaz de cotejar se o Estado deve ou não atender ao pedido específico, muitas vezes em detrimento da maioria de usuários do SUS.

Noutro norte, embora haja bastante divergência doutrinaria sobre os conceitos da teoria da reserva do possível, somos pela aplicação de tal princípio com as adaptações exigidas pelo contexto socioeconômico brasileiro, isto porque, a aplicação da teoria pura e simples como fora concebida na Alemanha, não teria nenhum sentido se não pudesse se adequar a realidade exigida aqui.

As condições de vida da população alemã diferem muito das condições de vida da grande maioria da nossa população, portanto, a aplicação de tal teoria aqui, só poderia ser eficiente se levasse em conta as peculiaridades que a nossa realidade impõe.

De mais a mais, também não entendemos que a aplicação do princípio da reserva do possível por si só seja capaz de ofender a dignidade humana, por isso, nos posicionamos que a análise da aplicação ou não de tal princípio deve ser feita observando caso a caso, em suas peculiaridades.

Atender a uma demanda específica, sem atentar as peculiaridades e sobretudo sem observar as responsabilidades estatal com toda a população, pode gerar o efeito contrário, e propiciar o atendimento de um pleito em detrimento dos direitos de toda uma população.

REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12762. Acesso em 17/05/2019.

ARRETCHE, Marta. **Mitos da Descentralização: Mais democracia e eficiência nas políticas públicas?** In Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 31, São Paulo, ANPOCS, junho de 1996.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17/05/2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

CUNHA JR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
DOS SANTOS, Rebecca Mazzuchell. **O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais.** Cadernos de iniciação científica. Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 7, 2010.

GOMES, Mário Soares Caymmi. **Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais.** Revista da UNICORP, Bahia, v.3, 2013.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Vitória: Panóptica, 2006. Disponível em: <http://www.panoptica.org>

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

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível: Origem, conceito e ordens.** Disponível em: <https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>. Acesso em 16/05/2019.

TANGERINO, Dayane Fanti. **A teoria da “reserva do possível” e o mínimo existencial.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-reserva-do-possivel-e-o-minimo-existencial/>. Acesso em 16/05/2019.

A REFLECTION ON THE PRINCIPLE OF THE RESERVE OF THE POSSIBLE FACE TO
THE INDIVIDUAL RIGHT TO HEALTH THE LIGHT OF THE DOCTRINE AND THE
JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR FEDERAL COURT

Marconiedes Araújo da Silva⁸

ABSTRACT

The work has the scope to analyze, in the light of jurisprudence currently signed in the STF and of doctrinal thinking, the possible reflections of the application of the principle of the reserve of the possible in the face of the constitutional right of access to health, as a minimum guarantee for the realization of a dignified life and an effective application of human rights. To do this, in order to better understand the problem, we first made a brief summary about these principles, their scope and how the principle of reserving the possible has been used by public farms to justify state omission in the implementation of public policies and social rights, as a true exclusion of state responsibility. Afterwards, we will demonstrate how these principles are being used in the votes of the Federal Supreme Court (STF) ministers, seeking to highlight the debate of ideas and the position established in the Praetorium. Subsequent to the jurisprudential and doctrinal analysis, we finish the present work positioning ourselves on the subject trying to bring to light solid arguments that support our position. It takes care of a bibliographical research, as well as exploratory in the votes given by the Supreme Court, in order to bring a reflection on the subject that is shown to each day more current in the Brazilian legal environment.

Keywords: Constitutional Right. Human Dignity. Reservation of the Possible. Minimum Existential.

⁸ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: marconiedes@gmail.com