



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
ARTIGO CIENTÍFICO

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL EM  
CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À SAÚDE  
A COLISÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE**

ORIENTANDO (A): ODILON ERNESTO TAVARES NETO  
ORIENTADOR: PROF.ME. JOSE HUMBERTO ABRÃO MEIRELES

GOIÂNIA-GO  
2022

ODILON ERNESTO TAVARES NETO

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL EM  
CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À SAÚDE  
A COLISÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof. Orientador: ME José Humberto Abrão Meireles.

GOIÂNIA-GO

2022

ODILON ERNESTO TAVARES NETO

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL EM  
CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À SAÚDE  
A COLISÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE**

Data da Defesa: 25 de Maio de 2022

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. ME. José Humberto Abrão Meireles

Nota

---

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): ME. Eufrosina Saraiva Silva

Nota

# O PRINCÍPIO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À SAÚDE A COLISÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

Odilon Ernesto Tavares Neto<sup>1</sup>

Este trabalho apresenta uma análise do *Princípio da Reserva do Possível* e suas implicações no direito à saúde como dever do Estado. O princípio da Reserva do possível também vem a colidir com o *Princípio ao Mínimo Existencial*, onde o Estado deve satisfazer o mínimo para que seu povo possa ter uma vida digna e justa. A partir da judicialização do direito à saúde, onde os cidadãos acionam o Poder Judiciário para que tenham o seu direito garantido, notam-se divergências quanto à possibilidade financeira do Estado de tornar eficaz e prestar determinado atendimento. Portanto, nasce aí a necessidade de se criar requisitos para que os julgadores possam amenizar as divergências, analisando cada caso concreto com proporcionalidade e razoabilidade, para que o orçamento disponível possa vir a beneficiar o maior número de pessoas.

**Palavras-chave:** reserva do possível; judicialização; direito à saúde.

---

<sup>1</sup> Qualificação do autor.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA NO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>7</b>
1.1 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	7
1.2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL: CONCEITO E HISTÓRIA A REALIDADE ATUAL .....	8
<b>CAPÍTULO II – VIABILIDADE DE ASSEGURAR O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>10</b>
2.1. LIMITAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE.....	10
2.2. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	11
<b>CAPÍTULO III – A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>14</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>19</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>22</b>

## INTRODUÇÃO

O princípio da reserva do possível é de suma importância a ser estudado e pesquisado para que se possa encontrar respostas diante de situações onde o Estado esbarra em limitações na efetivação dos Direitos sociais.

O estudo e pesquisa do tema traz sugestões de respostas a fim de uma melhor compreensão de quando o direito à saúde encontra empecilho no fator financeiro e quais seriam as formas de buscar a efetivação do direito, já que o Estado não consegue cumprir de forma efetiva seus deveres, fazendo com que a procura pelo Judiciário aumente em busca de tal direito.

O tema sem dúvidas trará implicações e consequências práticas para a sociedade, uma vez que afeta grande parte da população, crescendo cada vez mais a demanda nos tribunais, e também do Estado, pois seria uma disputa entre a necessidade da sociedade para que tenha seus direitos sociais efetivados de maneira eficaz e por outro lado o ente federativo que não consegue distribuir sua renda de forma eficaz para a concretização de outros direitos que são também essenciais.

As contribuições do aprofundamento do estudo, poderão inserir limites e critérios em um regramento básico, principiológico, no sentido de orientar o Administrador Público, respaldar o mínimo da sua atuação.

A fundamentação teórica deste trabalho certifica o conhecimento sobre a história, doutrina e jurisprudência no que se refere ao assunto abordado, isto é, o *Princípio da Reserva do Possível* e suas implicações ao direito à saúde. Com base neste marco teórico, serão apresentados conceitos, contexto histórico e, por fim, a pesquisa a ser desenvolvida.

O aprofundamento da pesquisa propõe buscas de respostas a questionamentos como se o direito à saúde como um direito ilimitado necessita de algum critério para que seja concedido e como o Poder Judiciário pode intervir diante de uma negativa a tal direito como fundamento em insuficiência de verbas.

A primeira seção do artigo exibirá o conceito e história do princípio da reserva do possível e do direito à saúde como um direito fundamental.

Na segunda seção, serão abordadas a viabilidade de assegurar o direito à saúde em contraposição as limitações orçamentárias e a importância da intervenção do Poder Judiciário para que conceda tal acesso.

Por fim, para a última seção que trata da pesquisa propriamente dita, o tema será abordado por meio da pesquisa bibliográfica, na legislação e na jurisprudência pátria, sobre a perversidade e consequência da judicialização de tal direito.

A pesquisa bibliográfica será essencial, considerando que fornece um estudo teórico, embasado na lei e na jurisprudência.

## CAPÍTULO I – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA NO DIREITO À SAÚDE

### 1.1 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Inicialmente, o *Princípio da Reserva do Possível* teve sua origem na Alemanha, a partir dos anos de 1970, durante um julgamento no Tribunal Federal da Alemanha, no famoso caso que ficou conhecido como *Numerus Clausus*. Nele se discutia sobre as vagas para o curso de Medicina em uma universidade e os seus critérios de admissibilidade para o ingresso ao curso, fazendo com que vários candidatos que sonhavam com a sua vaga não conseguissem conquistá-la.

Com isto, pela primeira vez o Tribunal Alemão decidiu alegando o *Princípio da Reserva do Possível*, dizendo que não poderia oferecer vagas na universidade de medicina para toda e qualquer pessoa que quisesse tal curso sem nenhum requisito de admissibilidade.

Certamente, pode-se observar e afirmar que o princípio da reserva do possível de origem alemã foi trazido ao Brasil e adaptado de uma forma distinta, o que seria natural, uma vez que são países com economias, cultura, história e política diferentes e, principalmente, em momento e contexto distintos.

Tal princípio busca impor limites ao titular de algum direito fundamental quando o mesmo excede o orçamento do Estado previsto para provê-lo, vez que as necessidades da população são ilimitadas e o recurso do Estado limitado, fato este que torna impossível que a Administração atenda a todas as demandas quanto aos direitos sociais.

Sendo assim, a reserva do possível não pode ser utilizada como alegação para que a Administração Pública negue ou se omita diante de qualquer situação e o Judiciário deve levar em consideração para uma futura decisão de impor o Estado a arcar com despesas acima do previsto ou negar.

Para que seja invocado o *Princípio da Reserva do Possível*, deve-se sempre



observar a *razoabilidade* e o *Princípio do Mínimo Existencial* que encontra respaldo na Constituição Federal, sendo uma obrigação do Estado que dê eficácia a todos os direitos sociais consagrados na Carta Magna mesmo que de forma mínima, ou seja, o suficiente para sobreviver dignamente.

## 1.2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL: CONCEITO E HISTÓRIA A REALIDADE ATUAL

Antes da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde já era objeto de preocupação e investimento por parte dos governantes, porém não era como hoje, ou seja, não era um direito fundamental que pode ser exigido judicialmente do Estado quando se tratar de uma lesão a tal direito. Atualmente, o direito à saúde ganhou uma atenção especial por parte do legislador.

Conceituado como direito fundamental, o direito à saúde é essencial a todo ser humano, sendo exigível do Estado, que deve provê-lo, criando condições para que todos tenham acesso igualitário sem qualquer discriminação ao direito, através de políticas sociais e econômicas.

É dever do Estado criar políticas públicas, com o intuito de prevenção, redução e tratamento de doenças, sendo competência comum entre os entes federativos o cuidado com a saúde, para que todos tenham acesso igualmente ao direito à saúde de forma eficaz.

Como é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF):

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014)

O direito à saúde pode e deve ser exigível do Estado, sendo levado ao Poder Judiciário, que deve analisar os dois lados da situação, realizando uma correta

aplicação da lei, para que seja assegurado a todos igualmente e também que não prejudique a própria Administração Pública, não ultrapassando seus limites orçamentários.

Conforme salienta AVILA (2013):

Cabe ao Judiciário assumir um papel mais politizado, de forma que não apenas julgue o certo e o errado conforme a lei, mas sobretudo examine se o poder discricionário de legislar está cumprindo a sua função de implementar os resultados objetivados pelo Estado Social. Ou seja, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim a responsabilidade de garantir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias. Dessa forma, exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente possa controlar a ineficiência das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciarem dos fins almejados pela Constituição.

Por conseguinte, na efetivação do Direito à saúde pode-se exigir do Estado não apenas que crie políticas públicas, mas principalmente que dê efetividade às já criadas, que ofereça recursos suficientes para o seu bom funcionamento.

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu art. 196, o direito à saúde como direito fundamental, como é expresso em seu texto:

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

Por sua vez, salienta DALLARI (1999, p.22 e 23):

Por ser direito essencial, a vida deve ser plena. A ausência de doenças será uma das formas de efetivação desse direito, uma vez que a saúde proporciona qualidade de vida. O princípio da dignidade humana é elemento basilar e informador dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, os direitos fundamentais à vida e à saúde decorrem da dignidade da pessoa humana

Ao longo de toda a história, desde a antiguidade até os dias atuais, o direito à saúde é objeto de preocupação. Por sua vez, ganhou mais força após a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), que afirma “A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados”.

## CAPÍTULO II - VIABILIDADE DE ASSEGURAR O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO

### 2.1 - LIMITAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE

Reiteradas vezes, observa-se que o Estado não atende à exigência do direito à saúde afeita ao cidadão, por diversos motivos ou justificativas, como a grande demanda e procura para pouco recurso disponível.

No inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de República Federativa do Brasil enuncia:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
**XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Um caso claro de ameaça e lesão ao direito à saúde para todos é a ausência ou a carência dos serviços públicos. Nesses casos, faz-se necessário a intervenção do Poder Judiciário que tem como objetivo repelir tal lesão e realizar a entrega do direito pretendido.

Conforme o art. 194 da Constituição Federal de 1988, indica as diretrizes constitucionais, como universalidade na cobertura, uniformidade e equivalência dos benefícios e seletividade, não foram totalmente materializadas e outras orientaram as políticas sociais de forma bastante diferenciada, de modo que não se instituiu um padrão de seguridade social homogêneo.

Estes princípios poderiam direcionar as políticas de saúde, no intuito de garantir o direito a saúde o mais amplo possível, com predomínio da lógica social. Isso, contudo, não ocorreu, em função de uma frágil estrutura dentro da organização da máquina pública.

Por outro lado, observa-se que o Estado não deve apenas garantir um único direito, o direito à saúde, mas existem outros direitos exigíveis, fazendo parte dos requisitos mínimos para uma existência digna dentro da sociedade.

O direito à saúde não se difere dos demais Direitos, pois todos possuem um custo, e quando o Estado passa a não suportá-lo, esbarra-se na primeira barreira da sua concretização: o limite financeiro e orçamentário da administração pública.

Como direciona Fernando Aith:

Toda discussão jurídica que envolva interesses relacionados com a saúde deverá necessariamente considerar os ditames do direito sanitário, notadamente com seus grandes princípios orientadores. Se houver superposição de interesses (como por exemplo quando uma questão envolve ao mesmo tempo interesses econômicos e sanitários), a solução jurídica a ser encontrada não poderá fazer com que um interesse prepondere automaticamente sobre o outro. A solução jurídica de uma questão deve considerar os bens jurídicos que estão em discussão. Se o bem jurídico saúde estiver em discussão, a solução jurídica não poderá ignorar a existência de um regime jurídico próprio para o tratamento jurídico do tema, impondo-se a aplicação de princípios Constitucionais que regem o direito sanitário; se houver um conflito entre o bem jurídico saúde e outro bem jurídico igualmente relevante, a solução a ser adotada deverá considerar o equilíbrio possível, preservando ao máximo os princípios jurídicos envolvidos e afastando, quando for o caso, a incidência de um dos bens jurídicos postos em choque (AITH, 2007, p. 398).

Diante do desprovimento de recursos financeiros por parte do Estado para arcar com os altíssimos custos, na garantia de que todos os cidadãos tenham acesso igualitário ao direito à saúde, o poder público se vê obrigado a invocar o *Princípio da Reserva do Possível*. Diante de cada caso concreto em que lhe é apresentado, faz-se necessário uma análise de necessidades a fim de realizar uma divisão de reservas para que tal direito seja efetivado ou não. Sendo assim, é impossível conceder tudo a todos, sendo necessário que sejam fixadas limitações quanto à efetividade do direito à saúde.

## 2.2 - INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Judiciário atua quando há omissão do Estado frente aos direitos que devem

ser garantidos ao cidadão, fazendo necessário a análise do caso concreto e todas as suas particularidades, para assim firmar uma convicção e impor a sua efetivação. Para tanto, é de extrema importância a fundamentação e todas as decisões de acordo com a legalidade, não se permitindo a interferência do Judiciário no orçamento.

Um caso emblemático deste assunto, é o julgado da 6ª Vara da Fazenda Pública do DF, deliberou improcedente pedido do MPDFT quanto à dotação orçamentária prevista na Lei nº 12.952, de 20 de janeiro de 2014 (LOA).

Segundo a decisão;

A determinação de autorização de crédito adicional pelo Poder Judiciário representaria verdadeira invasão de competência e inobservância da teoria da separação dos poderes (...) Na forma do que preconiza o artigo 165, da Constituição Federal, as leis orçamentárias - o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais - são de iniciativa do Poder Executivo.

No mesmo parâmetro, o Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando a possibilidade de conceder tratamento terapêutico, observou que:

Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevaletimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu. (BRASIL, TJSP, Julgado em: 11.11.97).

Ainda assim, o julgamento que ordena que sejam efetivados os direitos fundamentais imprescindíveis aos cidadãos tem como principal consequência a transferência de verbas, o que deve ser realizado pelo ente reclamado. No caso de insuficiência de tais verbas, é necessário um deslocamento de verbas para o atendimento à ordem que busca dar efetividade ao Direito pleiteado.

Os juízes devem se atentar em ponderar os gastos, pois não seria espantoso dizer que as sentenças judiciais no que tange à judicialização da saúde têm capacidade de abalar a economia de um ente municipal ou estadual, ou seja, é de suma importância analisar a situação orçamentário daquele ente.

O Judiciário é chamado para resolver o litígio no momento em que o direito à saúde não é respeitado e nem assegurado aos seus titulares. O direito à saúde não

se restringe a apenas uma situação de doença, mas sim a um complexo bem-estar físico, mental e social, conforme definido pela Organização Mundial de Saúde. Mesmo diante de tamanha importância e relevância deste direito, tal fato não muda a situação financeira em que o Estado se encontra, podendo assim, o ente alegar o *Princípio da Reserva do Possível* na indisponibilidade de custear saúde de qualidade para todos.

Considerando as palavras de Rafael Carvalho Rezende:

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.

Conforme o disposto no artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), permite-se ao Juiz deixar de condenar o Estado no sentido de assegurar a alguém que estaria precisando de um tratamento de alto custo, sob o argumento de que aquele valor maior poderia ser melhor empregado se fosse utilizado para custear vários tratamentos de diversas pessoas que necessitam de tratamentos de custo baixo ou medianos.

Relevante registrar teor do acórdão abaixo:

Devido a essa estreita dependência entre a efetividade dos direitos sociais – que impliquem prestações onerosas ao Estado - e as circunstâncias econômicas e orçamentárias do Poder Público, é que se passou a caracterizar o MÍNIMO EXISTENCIAL exigível como “reserva do possível” que, de acordo com Gustavo Amaral, significa “que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado”. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da facticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade. (BRASIL, TJMG, Julgado em: 04.12.08)

Com o crescimento da judicialização de tais demandas que buscam reverter a omissão do Estado frente ao direito a saúde, chegou trazendo consequências oferecidas pelas decisões judiciais para a concretização das LOA e da LRF. Pois, para os entes federativos é necessário uma autorização orçamentaria para se comprometer com particulares custos, tendo um teto em seus gastos.

### **CAPÍTULO III - A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

A judicialização do direito à saúde demonstra a objeção que a população enfrenta frente ao seu direito constitucionalmente expresso e assegurado e a seu real funcionamento, pois tendo como base a teoria da separação dos poderes, o Executivo tem o dever de cumprir tal procura, sendo necessário a intervenção do poder Judiciário, quando o Executivo não cumpre com seus deveres.

A aplicação de medidas que efetivem o direito à saúde é garantida em lei. No direito à saúde, é de responsabilidade solidária da União, Estado e Municípios, quando se é verificada uma lesão quanto ao que é assegurado ao cidadão, o mesmo procura por vias judiciais suprir tal ausência, para que receba o seu direito como deveria.

As decisões do Judiciário são fundamentadas em textos constitucionais próprios, que garantem o direito à saúde, sendo um dever do Estado, ressaltando que na Constituição brasileira esse direito é universalmente garantido, onde foi instituído um Sistema Único de Saúde (SUS).

O processo de judicialização da saúde vem ocorrendo e aumentando não somente no Brasil, mas em vários países da América Latina. Atribui-se a tal crescimento diversas causas e motivos, sendo as principais demandas o acesso a tratamentos especiais e medicamentos.

A maneira em que o SUS foi implementado no Brasil tornou-se um dos motivos para que a judicialização deste direito fosse pervertida, visto que este sistema é responsável pela prestação integral à saúde, possibilitando então que ocorra alguns casos de judicialização que são extremamente caros e prejudiciais aos cofres públicos.

Por exemplo, o caso de Rafael Favaro, um jovem que possui um tipo raro de anemia, a hemoglobinúria paroxística noturna (uma doença sem cura), que ganhou perante o judiciário o direito de obter tratamento no período de 15 em 15 dias com um medicamento de alto custo, custando aos cofres públicos cerca de R\$800.000,00

(oitocentos mil reais) ao ano. O jovem Rafael necessitará deste tratamento até o fim de sua vida, em razão de que o referido tratamento não tem como consequência a cura, mas apenas suavizar a doença, possibilitando uma vida normal. Rafael realizando um transplante de medula, poderia ter feito um tratamento com chances de cura e mais barato aos cofres públicos, porém, ele não procurou um doador compatível para realizar o procedimento, pois como o tratamento estaria sendo fornecido pelo SUS, foi incentivado a procurar junto ao Poder Judiciário tal opção, onde foi conquistado tal direito.

Nota-se a desproporção do tratamento no caso acima narrado, sendo que o paciente teria chance clara de cura através de um procedimento mais barato, sendo possível que o restante do dinheiro que está sendo investido em um único paciente que optou por fazer um dos tratamentos mais caros do mundo pelo resto da vida, poderia estar sendo utilizado para medicamentos ou tratamentos de inúmeras outras pessoas, atingindo um maior número de beneficiários e melhorando a qualidade de vida dessas pessoas dentro da sociedade.

Especificamente, se ocorrer a sobreposição do direito individual sobre o direito coletivo à saúde, a sociedade sofrerá consequências, pois estariam abrindo mão de ofertar qualidade de vida a inúmeros pacientes através de uma boa saúde em detrimento de apenas um indivíduo, o que se torna desproporcional e desfavorável à população como um todo.

O processo de judicialização quanto ao direito à saúde teve início na década de 1990, quando o Poder Judiciário foi acionado por inúmeros cidadãos que pleiteavam pelo seu direito ao acesso a medicamentos antirretrovirais. Atualmente, o poder público é procurado de forma ilimitada para reivindicar todo e qualquer forma de tratamento e medicamento.

Salienta Silva (Silva, 2009, p. 289):

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Com o intuito de melhoria na qualidade de vida da população, o Estado como sujeito de dever, precisa realizar políticas públicas de prevenção e tratamento de



doenças. Como o direito à saúde é também subjetivo fica a faculdade ao cidadão lesado acionar ou não por vias judiciais a compelir a administração a assegurar a efetivação deste direito.

Visto que há uma grande quantidade de demandas judiciais em busca da garantia do direito à saúde, judicialização da saúde vem como uma adversidade na busca de tal direito. Trazendo como consequências uma cumulação de processos no Poder Judiciário, com isto suas decisões impactam rigorosamente no orçamento do órgão demandado, sendo ele União, Estado ou Município, levando até mesmo a aplicações de sanções penais aos gestores por desobediência às decisões.

Com o objetivo de o Judiciário realizar suas decisões mais justas e proporcionais, agentes e operadores do campo do direito vêm buscando delimitar preceitos mínimos, a fim de que o Judiciário possa manifestar em cada caso concreto à concessão ou não do direito pleiteado.

No que tange a judicialização do direito à saúde, devemos levar em consideração que são pleiteados perante o Poder judiciário não somente o fornecimento de medicamentos, possuindo um aspecto amplo, onde há requerimento a medicamentos, cirurgias, exames, disponibilidade de vagas em UTI's, tratamentos, transplantes, entre tantos outros pedidos.

A União, Estado e Municípios, vem enfrentado problemas quanto a efetivação da saúde, pois são solidários, sendo eles sujeitos de deveres diante a sua população. Tendo em vista que o Município é menor e mais vulnerável perante os outros entes, possui menor renda, portanto sendo mais atingido financeiramente em demandas judiciais.

É comum casos em que todo o orçamento dentro da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) referente à saúde, que seria distribuído para atender toda a população de em determinado município, foi comprometido com apenas um único tratamento ou afins da saúde, referente a uma ação judicial, ou como em outras situações em que a verba seria destinada para beneficiar 100 mil pessoas e acabou sendo destinada a apenas 80 beneficiários, em ações judiciais.

Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais necessitam de serem reconhecidos por seus custos ao Estado. Em decisão em sede de Agravo Regimental, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (STF), com ênfase no voto do relator Ministro Celso de Mello, que se pronunciou:

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. (BRASIL, STF, Julgado em: 22.11.05).

Nesse ínterim, o Estado tem empregado o Princípio da reserva do possível na justificativa para que não cumpra a sua função de sujeito passivo, na efetivação de direitos fundamentais, pois este princípio impõe limites à execução de direitos fundamentais por via judicial.

Perante a grande deficiência do Estado em garantir a efetivação do direito à saúde com qualidade e a má composição do SUS (Sistema Único de Saúde), que vem sendo demandado para garantir tudo a todos. O SUS vem sendo abarrotado de processos sobre a efetivação do direito à saúde e tendo as limitações financeiras, encontra grande dificuldade para cumprir com eficácia o seu papel social.

Argumenta Sojo (2011, p.2674):

Porém, o direito pressupõe a igualdade, independentemente das condições dos indivíduos e dos sistemas de políticas sociais. A igualdade de acesso aos serviços para aqueles que possuem necessidades iguais, independentemente de sua condição por eles, está intimamente relacionada com a vigência dos princípios da solidariedade, universalidade e equidade.

Notadamente, conclui-se que o Estado e o seu Sistema Único de Saúde são obrigados a prestar e garantir a concretização do direito à saúde, com a disponibilização de consultas, tratamentos, exames, medicamentos, transplantes e cirurgias, não só de quem não tivesse condições de arcar com os custos, mas também de qualquer pessoa, sem levar em conta sua condição financeira.

Esta implantação que não tem restrições e limites do acesso à saúde, traz consigo operações onerosas aos cofres públicos do Estado, pois deixaria de atender quem realmente não tem possibilidade de acesso ao direito pleiteado sem abalar o seu próprio sustento ou de sua família, para conceder tal direito a alguém que teria clara possibilidade de arcar com despesas sem prejuízos. Sendo assim, este entendimento é desproporcional e prejudica o acesso ao direito à saúde dos hipossuficientes financeiramente.

Conforme Nery Junior (1999, p. 42), "dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida

de suas desigualdades".

Isto significa que, quem não tem condições financeiras de ter acesso a algum tratamento ou algo relacionado na área da saúde, deve ser beneficiária deste direito, com todos requisitos necessários para que ter uma boa saúde, e já os que tem condições financeiras o suficiente para custear um tratamento ou algo relacionado na área da saúde, que não fizessem uso de tal benefício.

## CONCLUSÃO

É de suma importância o desenvolvimento do presente trabalho para a ampliação dos conhecimentos sobre o direito a saúde, como um direito social que é expressamente garantido na Constituição Federal de 1988. Atualmente, este direito social vem ganhando destaque, possibilitando uma exploração mais a fundo no que tange o *Princípio da Reserva do Possível* em controversa com o direito à saúde, contudo nos casos concretos percebe-se que a realidade é excepcionalmente diferente do que o legislador quis elaborar, enfrentando inúmeras dificuldades.

Assim sendo, estudou-se que o *Princípio da Reserva do Possível* teve seu início na Alemanha, no momento em que alunos vem pleitear junto ao Poder Judiciário matricular em uma universidade pública, no curso de Medicina, tal pedido foi considerado desproporcional, nascendo aí o *Princípio da Reserva do Possível*, que veio a ser usufruído no Brasil, para permitir ao Estado se afastar de compromissos que vão afetar diretamente suas receitas orçamentárias.

Verificou-se que os cidadãos, dentro de uma sociedade, têm necessidades ilimitadas, sendo assim, esbarrando nos recursos limitados do Estado. Logo é impossível exigir do Estado que honre com todos os seus deveres de garantir de forma plenamente eficaz, disponibilizando hospitais, forneça medicamentos de custo altíssimo, laboratórios de exames para tratamento e identificações de doenças, medicina preventiva e repressiva, entre tantas outras demandas. É importante salientar que, do Estado também tem o dever de assegurar a segurança e educação, ou seja, não somente o direito à saúde, fazendo com que isto se torne excessivamente oneroso aos cofres públicos. Portanto, economicamente o Brasil não suportaria tal encargo.

A judicialização do direito à saúde gera grande impacto no Estado e principalmente sobre toda a população, com grande efeito a de baixa renda. Desse modo, entender as variáveis que podem impactar esse cenário social pode ser muito útil para o desenvolvimento de práticas sistêmicas e integradoras de critérios a serem observados e colocadas em prática pelo Poder Judiciário, que, numa perspectiva mais ampla, considere não só o direito expressamente assegurado como ilimitado, mas

também ações de conscientização por parte de quem se vale da Justiça para pleitear tal direito.

Seria financeiramente inviável ao Estado pretender assegurar de forma ilimitada e satisfatória à saúde a toda a sua população, devendo-se então observar certos requisitos como a proporcionalidade, o interesse público, visando atender o maior número de beneficiados.

## THE PRINCIPLE OF THE FINANCIALLY POSSIBLE RESERVE IN OPPOSITION TO THE RIGHT TO HEALTH.

### ABSTRACT

This work presents an analysis of the Principle of Reservation of the Possible and its implications for the right to health as a duty of the State. The principle of Reservation of the possible also collides with the Principle of the Existential Minimum, where the State must satisfy the minimum so that its people can have a dignified and fair life. From the judicialization of the right to health, where citizens activate the Judiciary to have their right guaranteed, there are differences regarding the financial possibility of the State to make it effective and provide a certain service. Therefore, the need arises to create requirements so that the judges can soften the differences, analyzing each concrete case with proportionality and reasonability, so that the available budget can benefit the greatest number of people.

**Keywords:** reserve of the possible; judicialization; right to health.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito da saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latim, 2007.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 fev. 2013. Disponível em: Acesso em: 23 abr de 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer- Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.  
DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Moderna, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1068731**. RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 17 de Fevereiro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865713163/recurso-especial-resp-1068731-rs-2008-0137930-3/inteiro-teor-865713175>

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ag. Inst. nº 42.530.5/4, 2ª Câmara de Direito público, Rel. Des. Alves Bevilacqua. Julgado em 11.11.97. Publicado em: 10.12.97

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0701.05.1340860/001, relator o Desembargador Cláudio Costa, Julg. 06.03.08. DJ de 04.04.2008. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742915385/apelacao-civel-ac-10701150256371001-mg/inteiro-teor-742915540?ref=serp>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no RE n. 410.715-SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF. Julgado em: 22.11.05. Publicado em: 03.02.06. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Agravo de Instrumento AG: 50029384020144040000 5002938-40.2014.4.04.0000, Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 14/02/2014, QUARTA TURMA. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887106039/agravo-de-instrumento-ag-50029384020144040000-5002938-4020144040000>

DE AZEVEDO, Eder Marques; DE ALMEIDA, Gustavo Barçante; PORTES, Paola Alvarenga. O MITO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 4, n. 8, p. 33-59, 2013. Disponível em:

<https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/233/215>

DOWBOR, Ladislau. Introdução ao planejamento municipal. São Paulo: Brasiliense, 1987.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudien%20ciaPublicaSaude/anexo/Direito\\_a\\_Saude\\_Recursos\\_escassos\\_e\\_equidade.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudien%20ciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf)

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FLORES, Gisele Maria Dal Zot. Mínimo existencial. **Uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais**. Revista Justiça do Direito. v. 21, n. 1, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo** 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Rebecca Mazzuchell dos. **O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais**. Cadernos de iniciação científica. Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 7, p. 79, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas Considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/junho/nao-cabe-ao-judiciario-intervir-sobre-elaboracao-e-diretrizes-orcamentarias-do-executivo>

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.