



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SUELENE MARIA DE SOUSA MACHADO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
E A RESERVA DO POSSÍVEL**

**BRASÍLIA,
JANEIRO 2014**

SUELENE MARIA DE SOUSA MACHADO

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Trabalho de Monografia apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
Tributário e Finanças Públicas como
requisito parcial para obtenção do título
de Especialista.

**BRASÍLIA,
JANEIRO 2014**

SUELENE MARIA DE SOUSA MACHADO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de Monografia apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
Tributário e Finanças Públicas como
requisito parcial para obtenção do título
de Especialista.

.

Brasília-DF, 4 de fevereiro de 2014.

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

O objetivo deste trabalho é pesquisar o quanto a concretização do **direito fundamental à saúde** é impactada pelo uso da noção de **reserva do possível** pelo Estado. Para tanto, buscou-se analisar o direito fundamental à saúde e as barreiras existentes a sua eficácia plena, dentre elas, a **escassez** de recursos públicos e o conseqüente uso pelo Estado da reserva do possível. Assim, na tentativa de clarificar os contornos legais que permeiam o direito fundamental à saúde e o Sistema Único de Saúde, buscou-se demonstrar o seu caráter subjetivo e de aplicabilidade imediata a ele inerentes. Além disso, discorreu-se sobre a questão dos **custos** dos direitos, no sentido de representarem, por vezes, verdadeiras barreiras à eficácia plena do direito fundamental à **saúde**. Para melhor entender a reserva do possível, buscou-se contextualizar sobre sua origem, recepção no Brasil e suas dimensões, fática, jurídica e negativa. Abordaram-se, também temas relacionados a políticas públicas, separação de poderes e aplicação da noção de reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal, com o intuito de inferir sobre a legitimidade dessa Corte na seara de aplicação dos direitos fundamentais. E por fim, importante se fez tratar das possibilidades de superação dos limites impostos pela reserva do possível. Na última seção foi apresentada a conclusão da situação-problema que motivou o presente trabalho.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Saúde. Reserva do Possível. Custos. Escassez.

ABSTRACT

The objective of this work is to research how the concretization of the **fundamental right to health** is impacted by the State when using the **reserve of the possible** concept. For that, the fundamental right to health and the barriers that prevent its efficiency, for example, the **lack** of public resources and the consequent use of the reserve of possible by the State, have been analyzed. So, trying to clarify the legal particularities related to the fundamental right to health and the Health Care System, its subjective character and immediate applicability have been demonstrated. Moreover, the rights **costs** have been discussed as been, sometimes, barriers that prevent the fundamental right to health to work efficiently. To better understand the reserve of the possible, its origin, reception and its factual, legal, negative characteristics have been discussed. Also, subjects related to public policies, powers division and the application of the reserve of the possible concept by the Supreme Court were approached, with the objective to verify its legitimacy in the application of public policies. And finally, possibilities for the superation of the imposed limits by the reserve of the possible have been treated. In the last section the conclusion for the problem situation that motivated this work was presented.

Keywords: Fundamental Law. Health. Reserve of the Possible. Costs. Lack.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	10
1.1 DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL	10
1.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)	14
2 BARREIRAS À EFICÁCIA PLENA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	16
2.1 O DIREITO E SEUS CUSTOS.....	16
2.2 DA RESERVA DO POSSÍVEL	19
2.2.1 Dimensões da Reserva do Possível	24
2.2.1.1 Dimensão Fática	24
2.2.1.2 Dimensão Jurídica	26
2.2.1.3 Dimensão Negativa.....	28
3 CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES E POSSIBILIDADES	28
3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS.....	29
3.2 SEPARAÇÃO DE PODERES	30
3.3 APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE RESERVA DO POSSÍVEL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	35
3.3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45	36
4 POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO DOS LIMITES IMPOSTOS PELA RESERVA DO POSSÍVEL	41
4.1 PROPORCIONALIDADE E RESERVA DO POSSÍVEL.....	41
4.2 VEDAÇÃO DE RETROCESSO E RESERVA DO POSSÍVEL	43
4.3 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL	45
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é pesquisar o quanto a concretização do direito fundamental à saúde é impactada pelo uso da noção de reserva do possível pelo Estado.

Para tanto, será essencial o estudo, de modo objetivo, do direito fundamental à saúde *vis-à-vis* as barreiras existentes a sua eficácia plena. Dentre elas, a escassez de recursos públicos e o conseqüente uso pelo Estado da reserva do possível.

Não serão objetos de estudo os aspectos históricos que permeiam a origem, a natureza e a evolução do direito fundamental à saúde.

A delimitação para a área de saúde deveu-se em razão de tratar-se de direito imprescindível à sobrevivência humana, sem a qual não há o que se falar em outros direitos fundamentais.

O trabalho pretende contribuir para se repensar no uso que o Estado (inclusive Poder Judiciário) vem fazendo da reserva do possível como instrumento de limitação à efetivação do direito fundamental à saúde.

Assim, este trabalho busca aprofundar as discussões sobre a efetividade do direito fundamental à saúde diante das limitações impostas pela reserva do possível.

O direito fundamental à saúde está positivado na Constituição Federal de 1988. Já o termo “reserva do possível” é originário de decisão da Corte Alemã, proferida em 18/07/1972, e relaciona-se com a razoabilidade das pretensões demandadas ao Estado, tendo em conta o que ele efetivamente tem condições de realizar, e o que realmente precisa ser garantido, em respeito às normas constitucionais.

Este, entretanto, não é o enfoque da reserva do possível adotado no Brasil, aqui ela tem sido invocada como um limite fático ligado essencialmente a uma alegada escassez de recursos.

Feita esta breve consideração, importante enfatizar que este trabalho de monografia terá como foco precípua a relação existente entre o uso da reserva do possível e a efetivação do direito fundamental à saúde.

Assim, serão debatidas questões ligadas à escassez de recursos públicos e sua respectiva invocação pelo Estado como escusa à efetivação do direito à saúde, contribuindo com isso, para aniquilar o exercício dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988.

Na elaboração deste trabalho de monografia, dentre os principais autores consultados, cabe mencionar: Ana Carolina Lopes Olsen, Fabiana Okchstein Kelbert, Ingo Wolfgang Sarlet, José Afonso da Silva, José Joaquim Gomes Canotilho, Manoel Gonçalves Ferreira e Filho e Tatiana Robles Seferjan, em razão das contribuições fundadas no estudo, pesquisa e reflexão em torno dos direitos fundamentais, em especial aqueles relacionados à problemática em torno de sua eficácia.

Para efeito de contextualização sobre o tema, importante registrar que, segundo informações do Ministério da Saúde, divulgados no Caderno Mais Saúde – Direito de Todos, relativos ao período de 2008 a 2010, apesar dos avanços na área de saúde, o Brasil ainda possui desafios voltados principalmente à adequação da infraestrutura física e tecnológica dos hospitais frente à demanda por serviços médicos, ao desenvolvimento de ações que busquem a promoção e prevenção de doenças, ao fortalecimento da vigilância sanitária e à redução da ocorrência de moléstias graves.

Diante deste quadro fático, imprescindível se faz enfrentar os aspectos que afetam a realização dos objetivos propostos no direito fundamental à saúde, dentre eles, o uso recorrente pelo Estado da reserva do possível.

Diante do exposto e antes de adentrarmos nos conceitos e questões que permeiam o tema, importante questionar se a reserva do possível pode ser invocada pelo Estado como escusa à efetivação do direito à saúde, aniquilando, assim, o exercício dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988.

A fim de alcançar os objetivos propostos no presente trabalho, optou-se por estruturá-lo da seguinte forma: na primeira seção de seu desenvolvimento, apresentam-se os contornos legais que permeiam o direito fundamental à saúde e o

Sistema Único de Saúde. Na seção seguinte, trata-se das barreiras à eficácia plena do direito fundamental à saúde, enfocando o direito e seus custos, bem como a conceituação e dimensões da reserva do possível. Na terceira seção do seu desenvolvimento, abordam-se os temas relacionados a políticas públicas, separação de poderes e aplicação da noção de reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal. Na quarta seção do desenvolvimento, sugerem-se possibilidades de superação dos limites impostos pela reserva do possível. E por fim, na última seção, apresenta-se a conclusão da situação-problema que motivou o presente trabalho.

1 CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde insere-se em nosso ordenamento jurídico como direito social de segunda geração. Está positivado em nossa Magna Carta de 1988. O texto constitucional erigiu a saúde à condição de direito social fundamental (art. 6º), tratado inicialmente, no Capítulo II – “Dos Direitos Sociais”, do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL

Além de ter sido consagrada no rol dos direitos sociais fundamentais, a saúde é objeto de regulação constitucional específica, também, na Seção II – “Da Saúde”, do Capítulo II – “Da Seguridade Social”, do Título VIII – “Da Ordem Social”. Nesse dispositivo, a Lei Maior fixou diretrizes sobre formulação e execução de políticas públicas, estabelecendo o seguinte:

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.

Alexandre de Moraes (2007, p. 796) nos ensina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de doença e de outros agravos, ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser realizada diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).

Os direitos sociais são direitos subjetivos, implicando com isso poderes de exigir, igualando-os aos direitos de crédito, ou seja, são dotados do poder de exigir prestação concreta ou positiva por parte do Estado. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 50)

Além disso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 50) acrescenta que o Estado, como sujeito passivo, é o responsável pelo atendimento aos direitos sociais. O objeto desses direitos corresponde a uma contraprestação sob forma de

serviços. Essa forma, ilustra o autor que, no caso do direito à saúde, compreende um serviço médico-sanitário-hospitalar.

Importante enfatizar que o legislador positivou o direito à saúde no rol dos direitos sociais, atribuindo, em decorrência disso, a prerrogativa de a sociedade exigir do Estado contraprestações positivas.

O atributo conferido ao direito fundamental relativo à subjetividade possibilita que seu titular faça valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão. (SARLET, 2008, p. 168)

Desse modo, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, significa dizer que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de exigir judicialmente seus interesses.

Os direitos fundamentais possuem também a dimensão objetiva, que impõe ao legislador e demais entes públicos a concretização de determinadas tarefas-fins e/ou programas. (SARLET, 2008, p. 163)

Nessa dimensão objetiva, torna-se precípua a perspectiva de que os direitos fundamentais dependem, para a sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Além disso, outra característica igualmente relevante é definida no art. 5º, § 1º, da CF/88, o qual determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o caráter programático destes preceitos. (SARLET, 2008, p. 300)

O princípio da aplicabilidade imediata originou-se de outras ordens constitucionais, tais como a portuguesa, a uruguaia e a alemã. Esse princípio alcança não somente os direitos previstos na Carta Magna, mas também aqueles não previstos expressamente nela, mas que possuem a característica da fundamentalidade material.

Cabe destacar que, consoante Ferreira Filho (1999, p. 100) a intenção do legislador foi impedir que os direitos fundamentais viessem a ser letra morta no corpo constitucional.

Pondera, no entanto, o mesmo Autor:

[...] o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não executável pela natureza das coisas.

Ora de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa, e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza [...]. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 100)

Neste sentido, Ingor Wolfgang Sarlet (2008, p. 288) diferencia os direitos fundamentais em dois grupos de normas, as que – em razão de sua insuficiência normativa – não se encontram em condições de gerarem a plenitude de seus efeitos, e aquelas normas que – por serem dotadas de suficiência normativa – não carecem de ato de natureza concretizadora.

Com base nessa distinção, o doutrinador acredita que o melhor entendimento da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal é o de que se trata de norma de caráter principiológico, sendo, portanto, considerada uma espécie de mandado de otimização, para que os órgãos estatais estabeleçam ações para dar maior eficácia aos direitos fundamentais.

Importante registrar a reflexão do jurista Fabrício Juliano Mendes Medeiros:

[...] ao erigir a saúde à condição de direito fundamental, a Constituição de 1988 acabou dotando as normas definidoras do direito à saúde de aplicabilidade imediata, a teor do § 1º do art. 5º da Constituição. Fato esse que termina por suscitar mais um questionamento a ser enfrentado no presente estudo: como conciliar a cláusula constitucional que imprime às normas definidoras do direito à saúde aplicabilidade imediata com o fato de que tais normas somente prescrevem as diretrizes, metas e princípios a serem considerados quando da elaboração das políticas públicas pelo Estado? (MEDEIROS, 2011, p. 59)

Diante disso, a questão que vem à tona é: até que ponto a aplicabilidade imediata prevista no § 1º do art. 5º se efetiva, principalmente frente ao disposto no art. 196, o qual consigna que o direito à saúde deverá ser garantido por meio de políticas públicas sociais e econômicas.

Para enfrentar essa questão, importante registrar a lição de José Afonso da Silva (2007, p. 151), de que “não lhes tira essa natureza o fato de sua realização poder depender de providências positivas do Poder Público”, tais como a elaboração de leis que formulem políticas públicas.

Assim, segundo o referido autor, as condições gerais para aplicabilidade são a existência do aparato jurisdicional, significando que se aplicam pelo simples fato de serem normas jurídicas, pressupondo, no caso, apenas a existência de Estado e de seus órgãos.

Pondera, no entanto, sobre o valor do disposto no § 1º do art. 5º, inferindo que elas são aplicáveis até o limite das condições para seu atendimento. E que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não poderá deixar de assegurá-las, entregando ao interessado o direito solicitado, segundo as disposições vigentes. (SILVA, 2007, p. 165)

Dessa forma, o entendimento do autor é que as normas devem ser aplicadas até onde possam e, caso invocado, o Poder Judiciário não poderá deixar de garantir o direito ora reclamado.

Ademais, segundo os ensinamentos de Flávia Piovesan, a Constituição de 1988 reforçou a imperatividade das normas que traduzem os direitos e as garantias fundamentais, ao criar o instituto da aplicabilidade imediata. A propósito, observa:

Inadmissível por conseqüência, tornar-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir o direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2003, p. 44)

Cumpra ainda mencionar que Ingor Wolfgang Sarlet (2008, p. 290) entende que não se pode negar aos direitos fundamentais a condição intrínseca relativa à aplicabilidade imediata, pois, assim, seria negar-lhes a própria fundamentalidade de existir.

Acrescenta ainda Ingor Wolfgang Sarlet (2008, p. 300), que os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, sendo imediatamente aplicáveis, nos termos do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Em que pese às considerações de Ingor Wolfgang Sarlet, o que se percebe na doutrina e jurisprudência é que o tema não é pacífico, e, por isso, suscita diversos questionamentos sobre a questão da aplicabilidade imediata.

Em síntese, a Constituição Federal de 1988 positivou o direito fundamental à saúde no art. 196 com os seguintes atributos: (i) direito de todos e (ii) dever do Estado, (iii) garantido mediante políticas sociais e econômicas, (iv) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (v) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (vi) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Além disso, é dotado de aplicabilidade imediata, é um direito subjetivo e por fim, não se caracteriza como norma de caráter programático, pois, se assim o fosse, significaria negar a força normativa própria da Constituição Federal.

Isto posto, passa-se a contextualizar sobre os contornos legais do Sistema Único de Saúde (SUS), para, logo em seguida, analisar as barreiras existentes para a concretização do direito fundamental à saúde.

1.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O art. 200 da Constituição Federal de 1988 estipula as competências do Sistema Único de Saúde (SUS). As Leis Federais nº 8.080/90 e nº 8.142/90 estabelecem os procedimentos necessários para a sua operacionalização.

O SUS consiste no 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, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, e de equipamentos para a saúde.

Dessa forma, as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Além disso, pelo art. 198 da Constituição, foram estabelecidas quatro diretrizes principais para as ações de saúde: direção administrativa única em cada

nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

Importante enfatizar que o SUS está baseado no financiamento público (art. 198, § 1º) e na cobertura universal das ações de saúde (art. 196).

Assim, o princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90).

Cumprir ainda mencionar que o art. 195 preceitua que o SUS será operacionalizado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Cabe consignar que a Emenda Constitucional nº. 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cooperação no financiamento das políticas de saúde pelos entes da Federação.

A Emenda acrescentou, ainda, dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição Federal, ao assegurar percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei complementar estabelecer: os percentuais mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; as especificações das ações e dos serviços públicos de saúde a serem prestados.

2 BARREIRAS À EFICÁCIA PLENA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O presente capítulo tem por objetivo fazer a ligação entre a fundamentação constitucional do direito fundamental à saúde e a questão precípua deste trabalho, qual seja: a reserva do possível. Entretanto antes de adentrarmos ao tema especificamente, passa-se a breve abordagem sobre a questão dos custos que envolvem a concretização desses direitos.

2.1 O DIREITO E SEUS CUSTOS

Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 185) cita a obra dos autores americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes como referência no trato da dimensão econômica do custo dos direitos.

Vale destacar o trecho da obra dos referidos autores:

Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo' é uma máxima legal clássica. Indivíduos gozam de direitos, num sentido legal como aposto a moral, somente se males por eles sofridos forem justa e previsivelmente reprimidos pelo seu governo. Este simples fato revela a inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. Ele demonstra que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos.

Direitos são custosos porque ações são custosas [...] quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos. (HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. apud OLSEN, 2008, p. 186)

Assim, os autores enfatizam que todos os direitos, desde os tradicionalmente concebidos como direitos a prestações, até os direitos de liberdade ou defesa implicam o empenho de despesas públicas pelo Estado.

Desta forma, Ingor Wolfgang Sarlet (2008, p. 305) reforça o entendimento ao afirmar que: “[...] não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar um custo, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional”.

Nesse sentido Fabiana Okchstein Kelbert afirma, amparada na obra de Casalta Nabais, que a doutrina majoritária considera que todos os direitos têm custos. (2007 apud KELBERT, 2011, p. 176)

Seguindo igual raciocínio, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 232) afirma que qualquer direito implica custos e que “não são apenas aqueles direitos garantidos pelo que se convencionou chamar de normas de eficácia limitada que exigem uma ação onerosa do Estado, mas também as liberdades públicas e os direitos políticos”.

Vale ressaltar o que nos ensina Fabiana Okchstein Kelbert:

Assim, o que se observa é que os custos do financiamento e manutenção dos direitos não se resumem ao aspecto econômico-financeiro, que sem dúvida é o aspecto mais imediato, entretanto podem ser referidos custos indiretos, como os derivados dos encargos institucionais de manutenção e funcionamento de estruturas estatais. (KELBERT, 2011, p. 66)

Diante da afirmação dos autores acima, depreende-se que todos os direitos, tanto positivos como negativos, carecem de dispêndios financeiros para sua concretização.

Neste cenário, de demanda elevada, dependências de recurso e conseqüente escassez, a questão dos custos assume relevância em relação à efetividade do direito fundamental à saúde, por ter ele caráter essencialmente prestacional.

Neste ponto, importante voltar-se para a questão da arrecadação tributária, que representa a fonte precípua responsável pela viabilidade financeira da concretização dos direitos fundamentais. E é na Constituição Federal que se estabelecem as previsões e finalidades específicas de alocação dos recursos.

Ademais, é preciso entender que o Estado de Direito possui como pressuposto essencial a realização de um Estado Orçamentário. Significa equilíbrio entre receitas e despesas, as quais estão normatizadas na Constituição. O orçamento é o instrumento de concretização desse balanço. (VAZ, 2007, p. 39)

Anderson Rosa Vaz complementa o raciocínio, registrando que:

Se o Estado alega falta de recursos para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais o erro é duplo: desrespeito aos direitos humanos e desrespeito às normas constitucionais de planejamento orçamentário. (VAZ, 2007, p. 39)

Importante destacar que o Estado Orçamentário, que pelo orçamento fixa a receita fiscal e a patrimonial, autoriza a entrega de prestações à sociedade, quer sejam para a educação, saúde, seguridade e transportes; além disso, orienta a

promoção do desenvolvimento econômico, o equilíbrio da economia e a redistribuição de renda.

Nas palavras de Anderson Rosa Vaz (2007, p. 40), “Se o Estado desrespeitou regras de planejamento orçamentário de curto, médio e longo prazo, não pode valer-se de sua própria torpeza para furtar-se à obrigação de efetivar esse direito social.”

Corroborando o mesmo entendimento, Thiago Lima Breus (2007, p. 239) assim se pronuncia: “[...] antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos Direitos Fundamentais sociais, há que se perquirir se a função orçamentária do Estado se encontra em conformidade com as normas constitucionais”.

Assim, há que se ponderar e investigar se de fato inexistem recursos ou se houve alocação indevida desses recursos. Ou seja, diferenciar o que não é possível, porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após atendimento de normas constitucionais, e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades.

Nesse sentido, Thiago Lima Breus alerta:

Na medida, portanto, em que todos os Direitos Fundamentais, dependem de recursos financeiros para serem efetivados, a questão da alocação de recursos, ou seja, a definição de que bens jurídicos serão prioritariamente promovidos, mostra-se relevante. E, assim, impõe-se distinguir um argumento relacionado com a inexistência de recursos necessários à concretização de um dever constitucional, em relação à alocação de recursos procedida contrariamente às disposições constitucionais. (BREUS, 2007, p. 241)

Conforme observado acima, é precípua a alocação de recursos em conformidade com os ditames da Constituição e legislações infraconstitucionais.

Desse modo, importante consignar a lição de José Joaquim Gomes Canotilho (1982, p. 369): “ao legislador compete, dentre das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.

Em que pese à relevância da questão econômica que reveste os direitos fundamentais, há que se considerar o fato de que a escassez de recursos não pode ser elevada ao patamar de absoluta, e dessa forma se sobrepor totalmente à

fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser considerado, mas não o único. (WANG, 2006, p. 541)

No entanto, a escassez de recursos não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa dar respostas. (AMARAL, 2001, p. 185)

Diante do exposto, observa-se uma relação direta entre os custos dos direitos e as ações necessárias à concretização do direito fundamental à saúde.

Assim, passa-se a apresentar a reserva do possível, partindo-se da noção de que ela pode configurar-se como limite fático e jurídico à concretização do direito fundamental à saúde.

2.2 DA RESERVA DO POSSÍVEL

O conceito de reserva do possível, como elemento de limitação à ação estatal, surgiu na Alemanha, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional germânica na década de 1970.

O primeiro caso narrado pela doutrina trata-se do paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior. A decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável. Firmou-se então jurisprudência no sentido de que o Estado, mesmo dispondo de recursos, não é obrigado a prestar algo que ultrapasse os limites do razoável.

Dessa forma ficou assente na Corte daquele país, segundo Andreas Joachim Krell (2002, p. 52), que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”.

Assim, aquela Corte alemã passou a entender que os direitos sociais de prestação positiva somente seriam exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, isto é, daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Nesse sentido, a questão central daquela decisão não parece ter sido financeira, pois, mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível não poderia ser imposta a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental daquele País.

Vale registrar a interpretação da reserva do possível adotada pela Corte Alemã, segundo Ana Carolina Lopes Olsen:

[...] passados aproximadamente trinta anos do acórdão paradigmático, a reserva do possível ainda mantém seu significado quando aplicada pelas cortes alemãs: um parâmetro de razoabilidade em relação à exigência de prestações a serem cumpridas pelo Estado, tendo em vista o que ele efetivamente tem condições de realizar, e o que realmente precisa ser garantido, em respeito às normas constitucionais. (OLSEN, 2008, p. 220)

No Brasil, a doutrina da reserva do possível sofreu algumas alterações em relação ao nascedouro alemão; assim, a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade cederam lugar à disponibilidade de recursos e para o custo dos direitos. (OLSEN, 2008, p. 222)

Segundo Ana Carolina Lopes Olsen, na jurisprudência brasileira, a reserva do possível passou a significar a reserva do financeiramente possível, ou seja, a existência de valores disponíveis nos cofres públicos e com previsão orçamentária para serem gastos precisamente pelo fim determinado em juízo, ou seja, a realização do direito fundamental social. (OLSEN, 2008, p. 244)

Em que pese às considerações acima expostas, a expressão “reserva do possível”, foi recepcionada pela doutrina e jurisprudência brasileiras pela via da tradução literal de *Verbehalt des Möglichen*. Isso faz com que muitas vezes se ignorem as circunstâncias em que este termo foi recepcionado e suas dimensões.

Diante disso, percebe-se que a recepção do conceito de reserva do possível do Direito Comparado requer um processo de adaptação ao modelo sociojurídico e econômico brasileiro, implicando com isso, harmonização das teorias estrangeiras ao contexto nacional.

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 236) acrescenta que “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação de recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas”.

Como bem observa Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 212), a reserva do possível atua sobre os direitos fundamentais prestacionais como elemento externo, que pode limitar, ou até eliminar o alcance de determinado direito fundamental social ao bem juridicamente protegido, enfraquecendo assim, a obrigação assumida pelo Estado.

Nesta seara de problemática aqui exposta, importante destacar a avaliação de Ingor Wolfgang Sarlet (2008, p. 308) sobre o uso da reserva do possível:

[...] reconhecendo-se as limitações representadas pelo postulado da reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, há que se questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos [...].

Nesse contexto, a reserva de possível acabou surgindo como um elemento de grande força no sentido de extrair a eficácia dos direitos fundamentais a prestações positivas, em face dos recursos finitos de que dispõem o Estado.

A reserva do possível contempla as dimensões fática, jurídica e negativa. Muito embora a maioria dos juristas considere somente a sua dimensão econômica, financeira ou fática.

A fim de facilitar a compreensão sobre as dimensões da reserva do possível, vale reproduzir os conceitos traçados por Ingor Wolfgang Sarlet:

a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2008, p. 307)

Acrescenta o referido autor que as dimensões da reserva do possível guardam vínculo entre si e com outros princípios constitucionais, implicando, um equacionamento adequado do ponto de vista constitucional, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional. (SARLET, 2008, p. 307)

Outro aspecto a ser considerado em relação à reserva do possível, é que tanto a doutrina como a jurisprudência não firmaram consenso quanto a sua natureza jurídica, sendo considerada por vezes como uma doutrina, um princípio, um postulado, e noutros, uma cláusula.

É assente, no entanto, que a reserva do possível não é uma espécie normativa, ou seja, não determina um estado de coisas a ser atingido. O que se pondera é a escassez de recursos que ela representa. Nesse sentido, a reserva do possível se apresenta como uma condição de realidade que afeta a aplicação dos direitos. (BREUS, 2007, p. 236 - 237)

Diante disso, tal expressão recebe os mais diversos tratamentos pela doutrina. Ainda que exista um consenso mínimo sobre o seu conteúdo, relacionado à existência de limites presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do Direito, não existe acordo no que se refere a sua natureza e também quanto ao seu significado na aplicação das normas constitucionais.

Isto posto, é de se inferir que, embora não se possa extrair um conceito de reserva do possível diretamente do Direito Constitucional brasileiro, ela existe como um limite fático e jurídico à plena concretização dos direitos fundamentais. (KELBERT, 2011, p. 78)

O que insurge neste aspecto é justamente a quem conferir legitimidade para a determinação do que é “o possível” no que tange às prestações sociais a partir dos orçamentos nos diferentes órgãos federativos.

Cumprе mencionar que a grande polêmica consiste em analisar e decidir se a reserva do possível pode ou não ser objeto de argumentação, no sentido de justificar a ausência de prestações positivas relacionadas à promoção dos direitos fundamentais, precipuamente o direito à saúde.

Além disso, a reserva do possível implica a necessidade de se averiguar a existência de recursos necessários à sua efetivação. (BREUS, 2007, p. 240)

Para tanto, se faz necessário o exame da diferença entre a inexistência de recursos e a destinação indevida de recursos públicos face às prioridades constitucionais.

Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 244) reforça o entendimento, ao alertar que: “[...] chama a atenção a artificialidade desta escassez, na medida em que ela é, na maior parte dos casos, escassez decorrente da escolha feita pelos poderes públicos.”

A reserva do possível não pode ser o único argumento alegado para a não realização dos direitos prestacionais. Há que se refutar esse argumento sob a perspectiva de que esses recursos nunca foram escassos para outros fins, de modo que a própria escassez deve ser objeto de investigação, para se averiguar se não se trata apenas de uma alocação indevida de recursos.

Sobre esse ponto, Ana Carolina Lopes Olsen pondera:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse “vontade política”, face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável. (OLSEN, 2008, p. 209)

Importante registrar a reflexão de Lucas Rister de Sousa Lima sobre o uso recorrente, pelo Estado, do conceito de reserva do possível:

[...] forçoso concluir que as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser analisadas com cautela e criteriosamente, haja vista que, usualmente, são utilizadas como subterfúgios pelo Poder Público para tentar justificar o descumprimento de seus deveres constitucionais. (LIMA, 2010, p. 120-121)

Assim, numa primeira análise, depreende-se que a reserva do possível teria o condão de desobrigar o Estado a sempre garantir o amplo acesso dos cidadãos ao direito fundamental à saúde, quando não dispusesse de recursos suficientes para esse fim. Em outras palavras, a concretização do direito fundamental à saúde ficaria condicionada à reserva do possível.

É inegável que todos os direitos fundamentais são dependentes de fatores econômicos e da disponibilidade de verbas, e, portanto, a escassez de recursos pode representar uma barreira de fato à concretização dos direitos fundamentais, notoriamente aqueles de caráter prestacional. No entanto, ao conceber os direitos sociais como direitos fundamentais, o Estado brasileiro assumiu um compromisso para com a sua efetivação, o que significa dizer que deve pautar sua atividade com vistas à realização daqueles direitos. (KELBERT, 2011, p. 76)

Diante do exposto, o que não se pode aceitar é que a simples alegação das limitações existentes para a efetivação dos direitos sociais represente motivo suficiente para isentar o Estado de suas obrigações. A previsão orçamentária deve prover recursos para a efetivação progressiva e previsível do direito fundamental à saúde.

Significa dizer que as vinculações orçamentárias expressamente previstas na Constituição de 1988 precisam ser cumpridas e respeitadas, sob pena de violação da norma. (KELBERT, 2011, p. 76)

Dessa forma, apesar da teoria da reserva do possível estar condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, os legisladores não possuem ampla liberdade de conformação, pois estão vinculados ao princípio maior que é o da supremacia constitucional, que os condiciona a efetivar os fins previstos na Carta Magna.

2.2.1 Dimensões da Reserva do Possível

Uma vez abordados os aspectos conceituais que envolvem a noção de reserva do possível, mister se faz discorrer sobre as suas dimensões.

Assim, a reserva do possível, segundo Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 78), compreende três dimensões, quais sejam a fática, a jurídica e a negativa.

Conforme se observa, a reserva do possível comporta dimensões variadas, inclusive uma dimensão negativa. O essencial é assimilar que a reserva do possível não se restringe à questão da disponibilidade de recursos materiais.

2.2.1.1 Dimensão Fática

A dimensão fática está relacionada à ausência total de recursos para a concretização dos direitos prestacionais. Essa escassez de recursos não se restringe apenas aos aspectos econômicos, mas também aos recursos humanos ou a qualquer outro recurso material necessário à consecução do direito fundamental à saúde. Ou seja, essa dimensão está diretamente ligada aos custos dos direitos.

Cumprir acrescentar que o fato de os recursos serem limitados implica reflexão importante acerca de sua utilização, priorização e destinação, o que se

torna necessário a partir de um debate consciente da gestão do orçamento público, das políticas públicas adotadas e da atuação do legislador.

Em relação aos argumentos aduzidos, Thiago Lima Breus aponta para a seriedade que envolve a questão da correta aplicação dos recursos, dada a sua escassez, e presentes as determinações constitucionais:

Na medida, portanto, em que todos os direitos fundamentais dependem de recursos financeiros para serem efetivados, a questão da alocação de recursos, ou seja, a definição de que bens jurídicos serão prioritariamente promovidos, mostra-se relevante. E, assim, impõe-se distinguir um argumento relacionado com a inexistência de recursos necessários à concretização de um dever constitucional, em relação à alocação de recursos procedida contrariamente às disposições constitucionais. (BREUS, 2007, p. 241)

Outro ponto relevante a ser considerado é o processo de gestão dos recursos pelo Estado, especificamente os procedimentos relacionados à utilização, priorização e distribuição, pois, dependendo da sua forma de condução, podem ensejar ou conduzir a uma escassez de recursos.

Nessa seara, é precípua verificar se as escolhas alocativas de recursos estão adequadas em relação às previsões constitucionais. Em última análise, concluir se uma demanda deixou de ser atendida porque, de fato, não existem meios, ou porque houve desvio de finalidade constitucional. Para tanto, é necessário avaliar se o poder discricionário do administrar no uso dos recursos públicos está dentro dos parâmetros permitidos na Magna Carta.

Assim, nas situações em que o poder público alegar a falta de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, quando invocar a reserva do possível, deverá, antes, comprovar e justificar a real indisponibilidade de recursos, ou o seu uso indevido e ainda se houve eficiência e eficácia em sua aplicação.

Nesse sentido, Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 81) complementa que “no Brasil, observa-se que muitas vezes as verbas vinculadas não são usadas nas finalidades para as quais foram previstas constitucionalmente”.

Ainda seguindo o raciocínio de Fabiana Okchstein Kelbert:

A dimensão fática da reserva do possível só poderá ser alegada quando o Estado comprovar que efetivamente não dispõe de verbas ou que já as aplicou de maneira satisfatória e em atendimento aos objetivos e finalidades constitucionais. A mera alegação de inexistência de recursos não pode ser aceita, pois viola os ditames constitucionais. (KELBERT, 2011, p. 81)

A dimensão fática da reserva do possível *vis-à-vis* a inexistência de recursos é motivo que só pode ser aceito excepcionalmente. Tanto a escassez como a aplicação dos recursos requerem comprovação, esta última deverá estar afinada com as vinculações constitucionais.

No entanto, não se pretende ignorar o fato de que os recursos são limitados e as demandas, por vezes, infinitas. Por essa razão, não se pretende exigir do Estado a concretização imediata do direito fundamental à saúde, mesmo que se entenda que ele é de exigibilidade imediata. O que se pretende é reconhecer que o momento de sua efetivação se dá de forma progressiva, exigindo, com isso, uma previsão orçamentária proporcional aos problemas enfrentados na área da saúde, e em consonância com os ditames constitucionais.

Explanado isso, passa-se à análise da dimensão jurídica da reserva do possível.

2.2.1.2 Dimensão Jurídica

A dimensão jurídica da reserva do possível diz respeito à disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos sociais. Isso significa que os recursos existem, mas por alguma razão não estão disponíveis e não podem ser utilizados. (KELBERT, 2011, p. 82-83)

Sobre essa dimensão, Ingor Wolfgang Sarlet registra:

Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. (SARLET, 2008, p. 306)

A dimensão jurídica da reserva do possível abrange tanto a possibilidade quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Para ilustrar a questão da indisponibilidade jurídica, apresenta-se como exemplo o orçamento público aprovado e que a princípio não poderia ser alterado por meio de decisão judicial, à exceção da possibilidade de remanejamento de verbas previsto na própria lei orçamentária. Outro exemplo poderia estar ligado à ausência de lei orçamentária que autorize a efetivação de gastos.

Importante conhecer os ensinamentos de Paulo Caliendo em relação à preponderância da fundamentalidade do direito sobre a legalidade orçamentária:

Nesse caso, na colisão de direitos, deverá preponderar o valor mais fundamental. A concretização dos direitos fundamentais sociais estará sempre ligada ao caráter de sua fundamentalidade para a realização de uma vida digna, [...] Igualmente dever-se-á dar um peso relevante à observância do direito de um mínimo existencial, afastando-se, se necessário, o princípio da legalidade da despesa pública em prol de valores superiores. (CALIENDO, 2009, p. 207)

Infere-se da reflexão do autor que o princípio da competência orçamentária não é absoluto, de modo que, num eventual conflito entre direitos fundamentais, a solução será dada pela ponderação e prevalência dos direitos fundamentais em relação à peça orçamentária.

Outro aspecto igualmente importante, e que ilustra bem a dimensão jurídica da reserva do possível, diz respeito à alocação de recursos para fins diversos do estabelecido pela Constituição. Nesse ponto, vale trazer os ensinamentos de Ana Carolina Lopes Olsen:

A alocação de recursos – especialmente se eles forem comprovadamente escassos – deve ser feita mediante uma ponderação dos bens jurídicos e direitos a serem por eles atendidos. De um lado da balança, por exemplo, a concessão de um empréstimo para a reestruturação de uma instituição financeira em vias de falência; de outro, a construção de uma instituição de ensino, ou de um hospital. Deverá o administrador ater-se aos objetivos finais traçados pela Constituição, observando o caráter dirigente e vinculante de suas normas, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais (dimensão objetiva). (OLSEN, 2008, p. 263)

Nestas condições, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se investigar se a atividade orçamentária do Estado – seja na obtenção de recursos, seja na realização de despesas –, encontra-se em conformidade com os ditames constitucionais.

Nesta seara de discussão, entram em pauta os limites impostos ao poder discricionário do administrador público, o qual deve ser exercido com o objetivo precípuo de proporcionar os meios para a concretização dos direitos fundamentais, em razão da vinculação de todos os poderes estatais na concretização desses direitos. (KELBERT, 2011, p. 84)

Diante do exposto, a reserva do possível acaba por conduzir a uma dimensão jurídica, de mandamento de realização dos direitos fundamentais sociais dentro de um conceito de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional.

Isto posto, passa-se a discorrer sobre a dimensão negativa da reserva do possível.

2.2.1.3 Dimensão Negativa

A dimensão negativa da reserva do possível relaciona-se com a noção de escassez de recursos para o atendimento de todos os direitos prestacionais.

Assim, segundo Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 87), o ponto de partida é o princípio de que efetivamente não há recursos suficientes a satisfazer todos os direitos fundamentais. A partir desse pressuposto, parte-se para a avaliação de se aquela prestação excessivamente onerosa pode esgotar os recursos destinados a concretizar outros direitos.

Seguindo o raciocínio de Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 88), a reserva do possível pode atuar como garantia de proteção do núcleo essencial de outro direito, quando em causa um conflito de direitos fundamentais. Dessa forma, as prestações que possam lesar a coletividade poderão deixar de ser satisfeitas, em face de uma potencial violação de outros direitos.

Essa possibilidade de limitação de direitos individuais em face da coletividade decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais. Ademais, o atendimento de prestações onerosas não pode ocasionar desequilíbrio orçamentário. (KELBERT, 2011, p. 88)

Para ilustrar a questão abordada, Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 89) menciona as demandas por cirurgias não realizadas pelo Sistema Único de Saúde ou os tratamentos não disponíveis no país, e que por isso precisariam ser realizados no exterior. Cita que, caso essas demandas fossem deferidas, poderia impactar ou até mesmo inviabilizar a satisfação do universo de outras demandas prestacionais.

Esse ensinamento é mais um sentido que pode ser extraído da célebre decisão alemã, quando consignou que algumas prestações estatais estariam sujeitas ao que o indivíduo pode exigir da sociedade de forma razoável, ficando condicionado a uma reserva do possível.

3 CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES E POSSIBILIDADES

O presente capítulo presta-se a analisar o tema políticas públicas, separação de poderes e a legitimidade do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas.

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci (2006 apud GOMES DA SILVA, 2010, p. 69), podem ser definidas como: “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

As políticas públicas de saúde visam à redução de doenças, à promoção, preservação e recuperação da saúde e estão positivadas no art. 196, da Magna Carta.

Em última análise, as políticas públicas de saúde visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva, conforme disposto pelo artigo 198, inciso II, da referida Constituição.

Importante enfatizar que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, na medida em que é inerente a esse direito o fato de que haverá uma nova descoberta, um novo exame, uma nova doença ou a volta de uma doença erradicada.

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são os responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas para prestação na área de saúde.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – então Ministro Presidente e Relator, Gilmar Mendes –, ao proferir decisão na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, entendeu que, apesar de o direito à saúde representar um direito subjetivo público, e em decorrência disso, ser dotado de força para exigir a prestação pelo Estado de políticas sociais e econômicas para sua viabilização, não há um direito

absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde. Há, sim, um direito público subjetivo a políticas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (Agr. STA nº 175, de 17.03.2010, p. 85)

O ilustre Ministro manifesta-se ainda, no mesmo julgado, que a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que deverá ser sempre demonstrado e fundamentado, caso a caso.

Quanto às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, o estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental, devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes do que a falta de legislação específica. Significa dizer que o problema não é de inexistência, mas de execução das políticas públicas pelos entes federados.

Feitas as considerações iniciais sobre a noção de políticas públicas, passa-se a analisar o dogma da separação dos poderes, com o objetivo de entender os limites de intervenção de um poder sobre o outro.

3.2 SEPARAÇÃO DE PODERES

A doutrina da separação dos poderes tem suas bases históricas na Inglaterra do século XVII. Convém lembrar, no entanto, que Aristóteles, classificou as funções do Estado como sendo deliberativa, executiva e judicial. Posteriormente, John Locke repartiu as funções estatais em executiva, legislativa e federativa. (MEDEIROS, 2011, p. 83)

Na conhecida obra de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* - , infere-se que, na visão do autor, o que realmente importava era garantir que as leis e a sua execução ficassem orgânica e pessoalmente separadas para evitar o abuso de poder. Porém, não significava dizer que Montesquieu defendia uma total separação dos órgãos de poder. A essência do pensamento de Montesquieu era a criação de mecanismos de equilíbrio e controle entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (MEDEIROS, 2011, p. 87)

A Constituição Federal de 1988 regulou as relações entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no seu Título IV - “Da Organização dos Poderes”. Assim, são normatizados a estrutura, as atribuições, os direitos e as obrigações de cada um dos poderes.

A nossa Constituição Federal alberga uma separação de poderes caracterizada pelos mecanismos de freios e contrapesos, com a atuação de um poder sobre o outro.

Da análise dos dispositivos constitucionais acima referidos, constata-se que a Constituição estabeleceu situações que legitimam a atuação de um poder sobre o outro.

Importante registrar a ponderação de José Joaquim Gomes Canotilho sobre o dogma da separação dos poderes:

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação de poderes e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando ele se quer traduzir a proibição do “monismo de poder”, como o que resultaria, por ex., da concentração de “plenos poderes” no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante. (CANOTILHO, 2001, p. 545)

Após longo período de entendimento segundo o qual não cabe ao Judiciário intervir na definição de quaisquer políticas públicas, decorrente do princípio da separação de poderes e da discricionariedade administrativa, algumas decisões passaram a conceber tal intervenção, nos casos em que se discutisse a efetivação de direitos fundamentais. Passou-se a admitir, assim, a soberania dos direitos fundamentais. (MÂNICA, 2007, p. 12)

Nesse sentido, segundo Fabrício Juliano Mendes Medeiros (2011, p. 99), a problemática existente passa pela reflexão de que as políticas públicas, por mais universais que possam ser, não conseguem abarcar todas as situações fáticas possíveis. Assim, cabe ponderar o papel atribuído pela Constituição de 1988 ao Poder Judiciário e analisar a sua legitimidade em suprir a alegada omissão do Estado, intervindo proativamente nas políticas públicas de saúde.

A crítica passa pela reflexão de se o controle judicial sobre políticas públicas fere o princípio consagrado da separação dos poderes, por representar ingerência indevida do Poder Judiciário em matérias que teriam sido exclusivamente conferidas ao Legislativo ou ao Executivo.

Cabe registrar, no entanto, que no Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário deve agir em consonância com os fins estatais e não apenas quando houver agressão frontal à Constituição.

Segundo Tatiana Robles Seferjan, o Poder Judiciário legitima a sua atuação ao dar cumprimento aos dispositivos constitucionais. Acrescenta ainda que:

Dessa maneira, enquanto a intervenção judicial limitar-se a reconduzir os Poderes Executivos e Legislativos aos limites postos pela ordem constitucional, sua atividade será válida. Afinal, a atuação de todos os Poderes, inclusive no que tange às políticas públicas, deve submeter-se à Constituição. Cabendo ao Judiciário, principalmente à Jurisdição Constitucional, garantir o cumprimento da Constituição, não faz sentido considerar sua atividade ilegítima. (SEFERJAN, 2010, p. 311)

A indisponibilidade de recursos encontra limite no conteúdo mínimo inerente a todos os direitos, ou seja, o Judiciário estará legitimado a vincular uma despesa que assegure o mínimo em conteúdo do direito pleiteado, sem que isso caracterize intromissão no âmbito de outro poder estatal. (KELBERT, 2011, p. 87)

Importante nessa seara argumentativa diferenciar a atuação do Judiciário em um cenário de existência e num outro de ausência de políticas públicas.

Segundo Tatiana Robles Seferjan (2010, p. 312), existindo uma política pública desenvolvida pelo Executivo, o Judiciário pode vir a ser acionado para decidir, quando a política existente é insuficiente ou quando o critério por ela adotado exclui determinados grupos de seu âmbito de abrangência. Reconhece, no entanto, que esse entendimento é bastante controverso na doutrina, pois pode ferir o princípio da igualdade.

Hipótese diferente, diz a autora, ocorre quando o controle judicial da atividade estatal dá-se numa situação em que inexistente política pública desenvolvida pelo Estado. Nesse caso, defende a autora, o foco será em dar efetividade às normas definidoras do direito pleiteado. (SEFERJAN, 2010, p. 312-313)

Outro ponto a ser debatido reside na argumentação da discricionariedade administrativa como limite à intervenção do Poder Judiciário.

Primeiramente cabe registrar a definição de discricionariedade adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. (MELLO, 2010, p. 432-433)

Na questão da discricionariedade, Tatiana Robles Seferjan (2010, p. 313-314) leciona que a atuação judicial encontra óbice quando existem diversas soluções que *a priori* são válidas. Assim, quando existem várias soluções possíveis, parece não caber ao Judiciário a escolha de qual delas seria a mais adequada à situação concreta.

Para ilustrar a questão, a autora menciona que seria considerada legítima a atuação do Judiciário ao determinar que o Estado forneça coquetel para tratamento de AIDS para determinado cidadão, mas não o seria para definir qual seria o tipo de coquetel a ser fornecido. (SEFERJAN, 2010, p. 314)

A jurisprudência parece ter opinião cada vez mais pacífica de que frente a direitos constitucionalmente consagrados não há discricionariedade. (SEFERJAN, 2010, p. 316)

Entendimento esse que pode ser confirmado no trecho do julgamento do Recurso Especial nº 577.836-SC de relatoria do Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça: “[...] não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea”.

Diante do exposto, nos parece que a doutrina e a jurisprudência tomaram postura firme no sentido de defender a supremacia dos direitos fundamentais, cuja efetivação se sobreporia a qualquer outro princípio ou fundamento de fato ou de direito. (MÂNICA, 2007, p. 11)

No julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o então, Ministro Presidente e Relator, Gilmar Mendes, registra:

Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões jurídicas determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (...). (STA nº 175, p. 90-91)

A afirmação do ilustre Ministro Gilmar Mendes pode ser verificada, também, na análise dos nove julgados de Agravos Regimentais, relacionados a seguir, datados de 17.03.2010, interpostos contra decisões da Presidência do Supremo Tribunal Federal - STF, aos quais o Plenário daquela Corte, por unanimidade, negou provimento para manter determinações judiciais que ordenavam ao Poder Público fornecer remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) a pacientes portadores de doenças graves. A íntegra dos referidos julgados está disponível no site do Supremo Tribunal Federal, e são os STA-AgR 175 - apenso STA-AgR 178; SS-AgR 3724; SS-AgR 2944; STA-AgR 278; SS-AgR 2361; SS-AgR 3345; SS-AgR 3355.

Nesse sentido o Ministro Celso de Mello, relator do Agr-RE nº 271.286-8/RS, reconhece o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional.

A seguir, trechos do pronunciamento do Ministro no referido agravo:

[...] a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, **como prestações de relevância pública**, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a **legitimar** a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, **deixassem** de respeitar o mandamento constitucional, **frustrando-lhe**, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por **intolerável** omissão, seja por qualquer outra **inaceitável** modalidade de comportamento governamental **desviantes**. (Grifou-se.) (AGRRE nº. 271.286-8 RS, fl. 1422)

Aspecto que merece relevância é o fato de que na atuação do Judiciário, quando provocado para decidir sobre a exigibilidade de um determinado direito social, sua decisão, quer seja pelo afastamento ou pela aplicação do limite da reserva do possível, precisará de fundamentação racional e consistente. (OLSEN, 2008, p. 197)

Diante do exposto, se depreende que a atuação do Judiciário nas decisões que envolvem a análise da reserva do possível e de políticas públicas, é legítima e relevante, na medida em que assegura e devolve o alcance do direito

fundamental à saúde expresso na Constituição Federal. Todavia é importante também que o Poder Judiciário, imbuído desta responsabilidade, fundamente as suas decisões em critérios que incluam o sopesamento de todas as dimensões que abrangem a reserva do possível - fática, jurídica e negativa.

3.3 APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE RESERVA DO POSSÍVEL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma vez tecidas as considerações relativas aos custos dos direitos, à reserva do possível e suas dimensões, às políticas públicas e à legitimidade da atuação do Judiciário, passa-se a analisar esses temas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.

A escassez de recursos demanda do Estado escolhas – ou preferências, o que, por sua vez, pressupõe preteridos. Trata-se, aqui, portanto, da possibilidade (direito) de os preteridos buscarem, por meio do Judiciário, a tutela de seus direitos. (WANG, 2006, p. 540)

Segundo Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 234), em muitos casos, os tribunais brasileiros têm feito uso do mecanismo da ponderação para aplicar a reserva do possível. Ocasões em que avaliam a gravidade da prestação requisitada dos poderes públicos em face dos argumentos apresentados pelo Estado relacionados à escassez de recursos.

Assim, as decisões consideram, em sua maioria, que o direito fundamental é um direito subjetivo, com a natureza de um princípio, em relação ao qual podem intervir fatores externos, como a reserva do possível – dotada esta de força suficiente para limitar o seu objeto de atuação, reduzindo, assim, o dever de prestar imputado aos poderes públicos.

3.3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45

O primeiro aspecto relevante no tocante à reserva do possível foi consignado na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45 do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

A ADPF nº 45 trata da reserva do possível, partindo da premissa segundo a qual os direitos sociais só podem ser efetivados na medida em que exista verba suficiente, que o destinatário da obrigação prestacional possa dispor dessa verba, e que a prestação seja razoável. (KELBERT, 2011, p. 106)

Esse julgamento tornou-se paradigmático na questão da reserva do possível, porque nele são feitas ponderações a respeito da limitação de recursos e dos custos dos direitos que não apareciam em outras decisões do STF.

Inicialmente, para efeito de contextualização, cabe registrar que a ADPF nº 45 foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileiro (PSDB) contra veto do Presidente da República ao § 2º do art. 55 de proposição legislativa, que se converteu na Lei nº 10.707/2003, Lei de Diretrizes Orçamentárias, a qual se destinava a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado estipulava:

Art. 55. [...]

[...]

§ 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.

O autor da ação constitucional sustentou que o veto presidencial importaria em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde. (KELBERT, 2011, p. 107)

A ADPF nº 45 restou assim ementada:

MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 29/04/2004

Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012

Partes

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ARGTE.(S):PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO

Decisão

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “**RESERVA DO POSSÍVEL**”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

A Ação foi julgada prejudicada, pois perdeu o seu objeto, tendo em vista que o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional um novo projeto de lei, que foi transformado na Lei nº 10.777/2003, onde restaurou integralmente o dispositivo da Lei nº 10.707/2003.

Segundo Daniel Wei Liang Wang (2006, p. 549), a decisão poderia ter ficado restrita à questão processual de perda de objeto, sem que fosse analisado o mérito, porém o Ministro Celso de Mello desenvolveu argumentação que representou um marco na jurisprudência do STF sobre a matéria.

Feitas as considerações iniciais sobre a decisão, passa-se à análise de sua fundamentação. A ADPF nº 45 inicia-se afirmando que a formulação e a implementação de políticas públicas não se incluem, ordinariamente, no âmbito da “função institucional do Poder Judiciário”.

Complementa dizendo que competem, excepcionalmente, ao Poder Judiciário quando a omissão dos órgãos políticos competentes vier a comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais. Reconhece, também, que os direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se pela gradualidade de seu processo de concretização, além de depender, em grande medida, “de um

inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”.

Afirma, ainda, que a limitação de recursos existe é uma contingência que não se pode ignorar. Consigna inclusive, que, se comprovada a incapacidade econômico-financeira do poder público, deste não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida e a imediata efetivação do preceito constitucional.

Nesse diapasão, cita expressamente a reserva do possível, argumentando:

[...] 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**. (Grifou-se.)

Nesse sentido, importante consignar os argumentos do ilustre Ministro sobre a “reserva do possível”, a qual impõe condicionamentos à concretização de direitos de segunda geração, de implantação onerosa, e que podem ser traduzidos no binômio razoabilidade da pretensão *vis-à-vis* existência de disponibilidade financeira do Estado:

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.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Cumpra, ainda, mencionar que o Ministro enfatiza como injustificável a inércia estatal, por comprometer as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo. Reforça que, quando isso ocorrer, será, então, o caso de intervenção do Poder Judiciário, conforme se depreende do trecho abaixo:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciado de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Observa Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 111), com base na apreciação da obra de Andreas Joachim Krell (2002), que, até o momento, a ADPF nº 45 foi à única decisão a enfrentar, mesmo que de forma tangencial, a problemática que envolve a noção de reserva do possível, e que ela pode ser considerada a mais importante decisão do STF sobre este tema. Além disso, pode-se afirmar que todas as decisões posteriores, deferidas no âmbito daquela Suprema Corte, remetem ao precedente gerado pela ADPF nº 45.

Assim, constata-se que a ADPF nº 45 trouxe inovações importantes em relação às outras decisões do STF, pois considera a questão da limitação de recursos e traz entendimento de que o direito à saúde não é absoluto. Poder-se-ia

dizer que ela representa um indicativo de mudança no entendimento do Tribunal sobre a matéria. (WANG, 2006, p. 549)

Argumenta Daniel Wei Liang Wang (2006, p. 549) que, em razão de a ADPF ser um controle abstrato de preceito fundamental, ela não conseguiu traçar critérios mais claros para servir de parâmetro à administração, aos juízes e aos próprios cidadãos.

Do julgado acima, infere-se que os direitos fundamentais, especialmente o da saúde, estão vinculados a uma disponibilidade econômico-financeira, de tal modo que, comprovada a incapacidade orçamentária do Estado, não seria razoável dele exigir a concretização de tais direitos. Além disso, depreende-se do referido acórdão que a reserva do possível não pode criar obstáculos artificiais à realização de tais direitos.

4 POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO DOS LIMITES IMPOSTOS PELA RESERVA DO POSSÍVEL

Diante do que se apresentou e discutiu, a reserva do possível em suas três dimensões – fática jurídica e negativa – configura um verdadeiro limite à concretização dos direitos fundamentais à saúde.

Assim, urge buscar as possibilidades de superação dos limites impostos pela reserva do possível, por meio da análise de princípios e conceitos jurídicos, sobretudo os relacionados ao estudo da proporcionalidade, vedação de retrocesso e do mínimo existencial.

4.1 PROPORCIONALIDADE E RESERVA DO POSSÍVEL

Primeiramente, cabe consignar que a ponderação sobre a proporcionalidade foi a fundamentação precípua da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, ao entender que o aumento do número de vagas, pretendido pelos estudantes, estaria subordinado à chamada reserva do possível, que significaria aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade.

Assim, infere-se daquela decisão que a teoria da reserva do possível não se vincula somente à questão econômica, mas sim ao juízo do que seria razoável demandar da sociedade.

Desta forma, surge uma colisão entre direitos fundamentais, a satisfação de um deles implicará necessariamente na restrição do outro. Especialmente num contexto em que a escassez de recursos parece inafastável, surge a necessidade de se fazer escolhas, tanto políticas quanto judiciais, quando o conflito for levado ao Judiciário. Nessas circunstâncias, o controle das escolhas deverá atender à proporcionalidade.

Afirma Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 213) que “[...] a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão de razoabilidade (enquanto racionalidade) e proporcionalidade”.

Cumprе mencionar que a proporcionalidade representa a proibição de excesso e de insuficiência, de modo que não se pode exigir do Estado algo fora dos

padrões do razoável ou do racional. Por outro lado, a reserva do possível também se relaciona com a proporcionalidade no sentido daquilo que for possível de realização.

Fabiana Okchstein Kelbert, ao apreciar a obra de Humberto Ávila, registra que a proporcionalidade é uma forma de controle da atividade discricionária do Poder Legislativo e Executivo, a qual deve atender aos requisitos ligados à adequação, necessidade e proporcionalidade. Acrescenta, ainda, que a adequação pressupõe que o meio utilizado pelo Estado seja o adequado para promover o resultado esperado. Por sua vez, a necessidade, significa que o meio empregado seja menos gravoso para promover o fim almejado. Já a proporcionalidade exige que as vantagens decorrentes da promoção do fim sejam superiores à restrição de outro direito fundamental. (2009 apud KELBERT, 2011, p. 91-92)

Vale observar a posição de Ana Carolina Lopes Olsen sobre o tema da proporcionalidade:

[...] a reserva do possível também se relaciona com a proporcionalidade no sentido de que o próprio argumento da realização dos direitos dentro do que for possível deverá estar pautado pela proporcionalidade. Diante da inevitável vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais sociais, decorrente de sua dupla dimensão, objetiva e subjetiva, a alegação fornecida pelos poderes políticos de que não poderão cumprir o mandamento constitucional, pois não há recursos materiais disponíveis para tanto, deverá, ela própria, se sujeitar ao exame da proporcionalidade. (2008, p. 213-214)

Importante consignar que os poderes públicos não podem ser obrigados a cumprir com o impossível, devendo demonstrar, no entanto, que estão direcionando e empenhando o máximo de esforços e recursos para garantir a concretização dos direitos ora pleiteados. Dessa forma, as decisões fundamentadas na noção de reserva do possível – tanto para concretizar como para negar – deverão passar pela análise da proporcionalidade.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao proferir decisão na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – na qual a União pedia o indeferimento da concessão de medicamento a paciente portador de doença degenerativa, sob argumento de grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública - afirmou que: “Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros temas, entre direitos individuais e bens coletivos”. (STA nº 175, p. 83)

Neste contexto, o cerne da questão consiste na ponderação e sopesamento entre o bem jurídico que se pretende assegurar e a restrição imposta a outro direito.

4.2 VEDAÇÃO DE RETROCESSO E RESERVA DO POSSÍVEL

Antes mesmo de adentrarmos no tema da proibição de retrocesso, convém aclarar que ela está intimamente ligada com a noção de segurança jurídica, que é o princípio estruturador do Estado de Direito, basilar da dignidade da pessoa humana.

As lições da Ingor Wolfgang Sarlet (2008, p. 450) reforçam bem este entendimento, ao afirmar que a proibição de retrocesso decorre do Estado democrático de direito e que implica um patamar mínimo de segurança jurídica.

Nesse sentido, o referido Autor reforça a ligação entre o tema segurança jurídica e dignidade da pessoa humana:

[...] viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das próprias posições jurídicas. (SARLET, 2008, p. 437)

A proibição de retrocesso representa um escudo contra a instabilidade jurídica provocada pela possibilidade de mudanças promovidas pelo legislador nos direitos já consagrados no âmbito da Constituição e da legislação infraconstitucional. Alterações essas que afetam a dignidade da pessoa humana, na medida em que impactam a vida e os projetos individuais e coletivos.

Neste sentido, Ingor Wolfgang Sarlet (2008, p. 439) acrescenta à discussão o fato de que “por mais paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos”. Assim, segundo o doutrinador, é possível conceber medidas retrocessivas para o futuro.

Observa-se, dessa forma, que a discussão norteia não apenas aquelas medidas que afetam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, mas

também aquelas que, dada a sua característica, representam verdadeiros retrocessos sociais em questão de direitos fundamentais.

Na esteira do que leciona Ingor Wolfgang Sarlet (2008, p. 439), a questão precípua que envolve a proibição de retrocesso social reside em saber se e até que ponto é permitido ao legislador infraconstitucional (ou demais órgãos estatais) retroceder na implementação dos direitos fundamentais sociais.

Ainda segundo o mesmo Autor (SARLET, 2008, p. 443-444), os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, estão fora do alcance do legislador, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança, implicando a inconstitucionalidade de todas as medidas que venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.

Importante registrar a lição de Luís Roberto Barroso:

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode se absolutamente suprimido. (BARROSO, 2001, apud SARLET, 2008, p. 449)

Em que pese à proibição de retrocesso não estar expressa na Constituição, ela pode ser considerada na concepção de princípio implícito do sistema constitucional, que, segundo Ingor Wolfgang Sarlet, decorre dos seguintes princípios e argumentos:

Do princípio do Estado democrático e social de Direito [...]

Do princípio da dignidade da pessoa humana [...]

Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais [...]

As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadram a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica [...]

O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito [...]

Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores.

Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significa, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral,

dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. [...]

Os argumentos esgrimidos restam enrobustecidos por um fundamento adicional extraído do direito internacional, notadamente no plano dos direitos econômicos sociais e culturais. [...] o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados. (SARLET. 2008, p. 450-452)

Uma vez traçados os contornos teóricos do princípio da proibição do retrocesso, cabe efetuar a ligação com a reserva do possível.

Para tanto, vale recorrer às lições sobre o princípio da proibição de retrocesso, proferidas pelo então Ministro Presidente e Relator, Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, consignadas na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inocorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (STA nº 175, p. 129-130)

Em face da explicação do ilustre Ministro, depreende-se que, diante do caráter relativo inerente a todos os princípios, eventuais ajustes operados em sede de direitos sociais e que possam representar um retrocesso deverão ser devidamente justificados.

De igual modo, Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 98) ressalta que a reserva do possível, quando ensejar motivo para retrocesso na área das conquistas sociais, não poderá valer sem uma justificativa coerente com o sistema constitucional amplo.

Isto posto, infere-se que o princípio da proibição de retrocesso representa possibilidade de superação dos limites impostos pela reserva do possível, na medida em que não poderá ser utilizada como argumento para a supressão de política pública que já tenha logrado êxito na concretização do direito fundamental à saúde, sem prescindir de justificativa ou, ainda, de políticas compensatórias.

4.3 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

A questão do mínimo existencial diz respeito a um mínimo em conteúdo que deve ser concretizado e protegido, de modo que sobre ele não recaiam os argumentos da reserva do possível.

Segundo Tatiana Robles Seferjan (2010, p. 320), é assente na doutrina que o argumento da reserva do possível não pode ser invocado quando estiver presente a noção de mínimo existencial.

Nesse diapasão, vale registrar as conceituações empregadas por Ingor Wolfgang Sarlet ao mínimo existencial:

O mínimo existencial encontra na dependência de uma gama de fatores e componentes que podem estar ligados às condições individuais, mas também a circunstâncias socioeconômicas e culturais, de modo que não pode ser resumido em uma fórmula. (SARLET, 2009, apud KELBERT, 2011, p. 103-104)

Tatiana Robles Seferjan (2010, 320) registra que os argumentos vinculados à reserva do possível não poderão prevalecer em situações nas quais a vida e a dignidade da pessoa humana estiverem em cena. Ocasões em que, aponta com a possibilidade de providências que assegurem o direcionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos.

Nesse sentido, a citada Autora complementa:

Há direitos, assim, que foram alçados pelo texto constitucional ao status de objetivo fundamental do Estado, de modo que sua efetivação deverá ocorrer através de políticas públicas. Tais direitos apresentam um núcleo central, responsável por assegurar o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade da pessoa humana. (SEFERJAN, 2010, p. 321)

Segundo Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 106), pode-se defender que a reserva do possível não poderá se alegada quando em cena a necessidade de preservar a vida e a dignidade humana.

Assim, a noção de mínimo existencial contempla o conjunto de prestações materiais que garantem a cada indivíduo uma vida com dignidade, implicando com isso, padrões qualitativos mínimos, não podendo, contudo, ser traduzido como um mínimo de sobrevivência.

Diante de todo o exposto, pode se afirmar que a reserva do possível somente poderá ser argumento válido quando restar efetivamente demonstrado pelos poderes públicos que eventual restrição a direitos sociais foi atendido, especificamente o conteúdo mínimo necessário para a garantia de uma vida digna.

CONCLUSÃO

O trabalho ora proposto não objetiva esgotar o tema, mas pretende contribuir para o seu estudo e reflexão. O primeiro capítulo do desenvolvimento trouxe o conteúdo constitucional do direito fundamental à saúde. A Constituição Federal de 1988 positivou o direito à saúde, no rol dos direitos fundamentais. Esses direitos se revestem de certos atributos, como por exemplo, o fato de serem classificados como direitos subjetivos e de terem aplicabilidade imediata.

No entanto, apesar de esses atributos estarem consagrados na Constituição Federal, a sua concretização sofre limitação em razão do uso recorrente e inadequado, pelo Estado, da noção de reserva do possível.

Diante disso, o capítulo seguinte trata das barreiras à eficácia do direito fundamental à saúde. A reserva do possível originou-se de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, donde se colheu a lição de que, mesmo que existam recursos e que esses possam ser disponibilizados, a prestação exigida deverá ser razoável e respeitar os interesses coletivos.

A recepção, pelo Brasil, da doutrina da reserva do possível sofreu modificações em relação ao nascedouro alemão. A preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade cederam espaço para a questão da disponibilidade de recursos, e para o custo dos direitos.

Conforme se mencionou ao longo deste trabalho, não se pode negar a relevância econômica implícita na realização dos direitos fundamentais sociais, notoriamente a questão dos seus custos.

Entretanto é necessário distinguir inexistência natural de recursos capazes de satisfazer a obrigação prevista na norma e a escassez decorrente de escolhas políticas praticadas pelo Estado, que representam em algumas situações desvios de finalidades constitucionais.

A reserva do possível possui três dimensões: fática, jurídica e negativa. A fática está ligada à escassez de recursos. A dimensão jurídica diz respeito à disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos sociais. E a

dimensão negativa da reserva do possível aponta que determinadas prestações de direitos sociais poderão se negadas, caso comprovada lesão à coletividade.

No terceiro capítulo do desenvolvimento, que trata dos limites e possibilidade da concretização de políticas públicas pelo Poder Judiciário, restou compreendido que esse Poder, nas decisões que envolvem a análise da reserva do possível e de políticas públicas, é legítimo e relevante, na medida em que assegura e devolve o alcance do direito fundamental à saúde expresso na Constituição Federal.

Até o momento, a ADPF nº 45 foi a única decisão a enfrentar, mesmo que de forma tangencial, a problemática que envolve a noção de reserva do possível. Assim, ela pode ser considerada como a mais importante decisão do STF sobre este tema.

Cumprido, ainda, mencionar que todas as decisões posteriores, deferidas no âmbito daquela Suprema Corte, remetem ao precedente gerado pela ADPF nº 45. A reserva do possível foi analisada no referido acórdão sob o aspecto da dimensão do custo dos direitos fundamentais sociais.

O último capítulo do desenvolvimento trata das possibilidades de superação dos limites impostos pela reserva do possível. Assim, destacam-se três importantes instrumentos jurídicos à disposição do Judiciário para avaliar a atuação restritiva da reserva do possível em relação à concretização do direito à saúde: o postulado da proporcionalidade, a vedação de retrocesso e o mínimo existencial.

No primeiro caso, a proporcionalidade pode ser medida tanto em relação às condutas praticadas pelos poderes públicos que tornaram “impossível” a realização do direito fundamental em questão, quanto em relação à exigência do titular do direito frente ao Estado. Já a proibição de retrocesso prega que a reserva do possível, como fundamento de medidas que configurem retrocesso social, não será válida sem uma justificativa afinada com o sistema constitucional vigente. Já o terceiro, o mínimo existencial, pode ser considerado um parâmetro para a exeqüibilidade dos direitos fundamentais sociais sempre que a vida humana com dignidade estiver em risco.

Diante disso, ficou claro que não se poderá pleitear o impossível; no entanto, a reserva do possível somente poderá ser aceita como argumento válido em situações excepcionais.

De todo o exposto, verifica-se que o direito fundamental à saúde encontra na reserva do possível um limite à sua efetividade. E, é segundo esta concepção de restrição aos direitos fundamentais, especialmente os ligados à saúde, que ela deve ter sua racionalidade jurídica questionada e avaliada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolhas**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar nº. 01-D de 2003**. Propõe regulamentação ao § 3º do art. 198 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104342>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 10.707**, de 30 de julho de 2003. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 31 jul. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10707.htm>. Acesso em: 25 nov. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 20 set. 1990. Seção 1, p. 18055. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 16 dez. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 31 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 25 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp-577.836/SC**, em 21 de out. 2010. Ministro Relator, Luiz Fux. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 17 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE-AgR 271.286/RS**, em 24 de nov. 2000. Ministro Relator, Celso de Mello. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 11 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **STA-AgR 175/CE- apenso STA-AgR 178/CE**, em 17 de mar. 2010. Ministro Relator, Gilmar Mendes. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45**, em 04 de mai. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS-AgR 2361/PE**, em 17 de mar. 2010. Ministro Relator, Gilmar Mendes. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 08 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS-AgR 2944/PB**, em 17 de mar. 2010. Ministro Relator, Gilmar Mendes. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 24 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS-AgR 3345/CE**, em 17 de mar. 2010. Ministro Relator, Gilmar Mendes. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 25 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS-AgR 3355/RN**, em 17 de mar. 2010. Ministro Relator, Gilmar Mendes. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 01 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS-AgR 3724/CE**, em 17 de mar. 2010. Ministro Relator, Gilmar Mendes. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 01 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA-AgR 278/AL**, em 17 de mar. 2010. Ministro Relator, Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 01 set. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

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

LIMA, Lucas Rister de Sousa. Princípio da reserva do possível, o direito à saúde e a fila para transplante de órgãos. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n.41, jan./mar. 2010, p. 106-132.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007, p. 169-186.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**; prefácio de Elival da Silva Ramos. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MINISTÉRIO da Saúde. **Revista Mais Saúde – Direito de Todos**. 5. ed., 2008-2010. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mais_saude_direito_odos_5ed.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

NABAIS, Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

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

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang Scarlet. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SEFERJAN, Tatiana Robles. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário; In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.); RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

VAZ, Anderson Rosa. Cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e

culturais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 61, out./dez 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. 2009. 104f. **Dissertação** (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – São Paulo, 2009.