

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CÂMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

KATIANE RAMPANELLI

**A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA LIMITAÇÃO AO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

ERECHIM

2024

KATIANE RAMPANELLI

**A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA LIMITAÇÃO AO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Erechim/RS, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestre Viviane Bortolini Giacomazzi.

ERECHIM

2024

KATIANE RAMPANELLI

**A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA LIMITAÇÃO AO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Erechim/RS, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Erechim, __ de _____ de 20__.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Viviane Bortolini Giacomazzi
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof.
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof.
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

RESUMO

Este estudo analisa o direito à saúde no Brasil, enfatizando sua natureza como um direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988 e os desafios enfrentados para sua efetiva realização. A pesquisa aborda a estrutura e o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), destacando as questões de gestão e financiamento que impactam a qualidade dos serviços. Também é discutida a judicialização da saúde, um fenômeno crescente que evidencia a busca de cidadãos pelo Judiciário para garantir acesso a tratamentos e medicamentos, refletindo as limitações do SUS. O conceito de "reserva do possível" é examinado em relação à atuação estatal nas demandas de saúde, considerando os custos envolvidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conclui-se que, apesar de o direito à saúde ser garantido constitucionalmente, sua implementação enfrenta desafios significativos. O estudo ressalta que a aplicação da "reserva do possível" é crucial para reconhecer as limitações orçamentárias do Estado, exigindo que o Judiciário atue com equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e as restrições financeiras, buscando soluções que ofereçam um atendimento digno e efetivo dentro das possibilidades do sistema público de saúde. A metodologia adotada para este estudo é qualitativa, com uma análise detalhada da legislação penal e revisão da literatura jurídica.

Palavras-chave: Direito à saúde; Sistema Único de Saúde; Judicialização da saúde; Reserva do possível.

ABSTRACT

This study analyzes the right to health in Brazil, emphasizing its nature as a fundamental right enshrined in the Federal Constitution of 1988 and the challenges faced for its effective realization. The research addresses the structure and functioning of the Unified Health System (SUS), highlighting management and funding issues that impact service quality. The increasing judicialization of health is also discussed, reflecting citizens' attempts to secure access to treatments and medications through the Judiciary, revealing the limitations of the SUS. The concept of "reserve of the possible" is examined in relation to state action in health demands, considering the associated costs and the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ). The conclusion underscores that, although the right to health is constitutionally guaranteed, its implementation faces significant challenges. The study highlights that applying the "reserve of the possible" is crucial to acknowledging the budgetary limitations of the state, necessitating that the Judiciary operates with a balance between protecting fundamental rights and financial constraints, seeking solutions that provide dignified and effective care within the possibilities of the public health system. The methodology adopted for this study is qualitative, with a detailed analysis of criminal legislation and a review of legal literature.

Keyword: Right to health; Unified Health System; Health judicialization; Reserve of the possible.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	8
2.1 A saúde como direito fundamental:	8
2.2 Do Sistema Único de Saúde (SUS):	10
2.3 Da judicialização da saúde:	11
3 DO SURGIMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL	13
3.1 Origem e conceito:	13
3.2 Estado como sujeito passivo nas demandas da saúde:	14
3.3 Da Teoria da Reserva do Possível:	15
4 DOS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	17
4.1 Custo do direito à saúde no orçamento público:	17
4.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:	19
4.3 Reserva do possível como aquilo que o cidadão pode requerer de modo razoável à sociedade	21
5 CONCLUSÃO	23
6 REFERÊNCIAS	25

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso (TCC) tem como objetivo analisar o direito à saúde no Brasil, abordando-o sob a perspectiva de um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 e examinando os desafios práticos e jurídicos para sua efetiva implementação.

O objetivo geral consiste em analisar se o princípio da reserva do possível pode configurar uma exceção ao direito à saúde integral. Os objetivos específicos, por sua vez, visam analisar o surgimento do direito constitucional à saúde no Brasil, os motivos da criação do princípio da reserva do possível e se a ausência de recursos públicos pode justificar o não atendimento de determinado tratamento.

O problema do estudo pousa sob o fato de a Constituição Federal de 1988 prever, a todos os cidadãos, o direito integral à saúde, enquanto que o Estado – a quem cabe materializar tal direito – possui recursos finitos e escassos, que o impossibilita de atender a toda coletividade.

O tema se justifica diante dos nefastos prejuízos que o não atendimento integral do direito à saúde pode causar ao usuário e, ao mesmo tempo, diante da dificuldade financeira do estado em atender a pluralidade de brasileiros que conta, tão somente, com o Sistema Único de Saúde.

No primeiro capítulo, discute-se a saúde como um direito fundamental e explora-se a estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS), principal mecanismo público de promoção e proteção da saúde no país, destacando os desafios e as questões relacionadas à sua gestão e financiamento.

No segundo capítulo, o estudo avança para a análise da judicialização da saúde, fenômeno que tem se tornado cada vez mais frequente à medida que cidadãos buscam o Poder Judiciário para obter acesso a tratamentos e medicamentos não oferecidos ou negados pelo SUS. Neste contexto, a discussão do princípio da "reserva do possível" surge como uma importante questão para definir os limites da atuação estatal na garantia dos direitos sociais.

Além disso, é abordada a origem e o conceito da "reserva do possível", assim como a posição do Estado como sujeito passivo em demandas relacionadas ao direito à saúde. A análise foca nos limites do direito fundamental à saúde, levando em consideração o impacto dos custos no orçamento público e a forma como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) interpreta e aplica este princípio em suas decisões.

No último capítulo, reflete-se sobre o equilíbrio necessário entre a garantia dos direitos fundamentais e a viabilidade financeira e administrativa do Estado em atendê-los, discutindo até que ponto o direito à saúde pode ser exigido de forma razoável pela sociedade e qual o papel do Judiciário na concretização deste direito.

A metodologia adotada para este estudo é qualitativa, com uma análise detalhada da legislação penal e revisão da literatura jurídica.

2 DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde no Brasil é garantido pela Constituição Federal de 1988, que estabelece a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Esse direito é assegurado principalmente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que oferece serviços de saúde gratuitos e acessíveis a toda a população. A criação do SUS representou um importante avanço na democratização do acesso à saúde, promovendo maior inclusão e equidade social, por isso, antes de medida outra, é necessário entender a história do direito à saúde do Brasil.

2.1 A saúde como direito fundamental:

A promulgação da Constituição Federal de 1988 introduziu no sistema jurídico brasileiro o direito à saúde como fundamental. Não é segredo, também, que o direito à vida está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, princípio central do Estado Democrático de Direito.

Antes de se falar, especificamente, da saúde, é prudente tecer algumas considerações acerca dos direitos fundamentais – categoria em que o direito à vida se inclui:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme às circunstâncias, as chamadas políticas sociais (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos (Krell, 2002, p. 19/20).

Destaca-se que o direito à saúde se encontra disposto no artigo 196, *caput*, da Constituição Federal: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (Brasil, 1988).

Outrossim, o artigo 6º, *caput*, da Carta Magna também consagra a saúde como direito fundamental: “são direitos sociais a educação, a saúde, a

alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

Adicionalmente, o artigo 5º, § 1º, da mesma norma, estabelece que este direito (a saúde) possui aplicabilidade imediata, não se tratando de uma mera diretriz programática, mas sim de um comando com efetividade e obrigatoriedade, exigindo a atuação do Estado para sua efetivação (Brasil, 1988).

Assim, tem-se que o Estado é obrigado a garantir o direito à saúde, de imediato. Todavia, na prática, a capacidade estatal de cumprir essa obrigação é comprometida pela realidade socioeconômica do país, marcada por profundas desigualdades sociais. Como se sabe, a escassez de recursos financeiros de uma grande parte da população, combinada com limitações orçamentárias, faz com que o direito à saúde não seja executado da forma prevista pelo constituinte originário.

De qualquer forma, merece destaque o fato de o direito à saúde ser reconhecido, por alguns doutrinadores, como um direito fundamental de segunda dimensão, ou seja, como uma liberdade que busca assegurar igualdade nos níveis individuais, mas, também, no coletivo, sempre por meio de ações estatais positivas (Bonavides, 2008).

A conexão entre os direitos sociais e o princípio da igualdade (fala-se aqui da saúde para todos), fica bem evidente na obra de José Afonso da Silva, o qual compreende, aliás, que as prestações positivas do Estado em relação aos mais diversos preceitos constitucionais – incluindo-se, aqui, a saúde – serve para igualizar situações sociais desiguais:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais ao passo que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, conseqüentemente, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (Silva, 2005, p. 468).

No mesmo sentido, Paulo Bonavides também assevera que os direitos sociais – incluindo a saúde – “nasceram abraçados ao princípio da igualdade,

do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (Bonavides, 2007, p. 217).

Em sendo assim, para concluir este tópico, repete-se, novamente, que é dever do Estado assegurar o acesso equitativo e universal aos serviços de saúde, incluindo tratamento médico para todos os que necessitam, uma vez que o direito à saúde é um direito subjetivo de todos, garantido a todas as pessoas de forma inalienável pela lei (Silva, 2005).

Para além da Constituição Federal, a Lei n. 8.080/1990, estabeleceu a regulação das ações e serviços públicos de saúde em todo o território nacional (em consonância com o disposto no já mencionado artigo 196), deixando claro, mais uma vez e em seu artigo 2º, que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, e o Estado deve garantir as condições necessárias para o seu pleno exercício" (Brasil, 1990).

E para tirar do papel o direito à saúde – que a Constituição Federal elencou como um preceito fundamental – e torná-la material, a Lei n. 8.080/1990 criou o chamado SUS – Sistema Único de Saúde (Brasil, 1990), o qual será analisado no tópico seguinte.

2.2 Do Sistema Único de Saúde (SUS):

Como dito no tópico anterior, a Lei n. 8.080/1990 foi a responsável por transformar a teoria na prática quando se fala no direito à saúde, tanto que estruturou o Sistema Único de Saúde.

O artigo 5º da referida lei estabelece os objetivos SUS, que incluem: a) a identificação e divulgação dos fatores que influenciam na saúde; b) a formulação de políticas de saúde para promover a observância da saúde nos âmbitos econômico e social; c) a prestação de assistência às pessoas por meio de ações integradas de promoção, proteção e recuperação da saúde, sendo que essas ações visam garantir o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, reduzindo os riscos de doenças e outros problemas de saúde (Sales, 2015).

No ponto, aliás, é prudente mencionar quais são os princípios basilares que estrutura o SUS, quais sejam:

- 1) a universalidade do acesso, compreendida como a garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- 2) a integralidade da atenção, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema;
- 3) a equidade, que embasa a promoção da igualdade com base no reconhecimento das desigualdades que atingem grupos e indivíduos, e na implementação de ações estratégicas voltadas para sua superação;
- 4) a participação social, que estabelece o direito da população de participar das instâncias de gestão do SUS, por meio da gestão participativa, e dos conselhos de saúde, que são as instâncias de controle social. Essa participação social significa a corresponsabilidade entre Estado e sociedade civil na produção da saúde, ou seja, na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação das políticas e programas de saúde (Brasil, 2007, p. 24).

Por sua vez, o artigo 7º da Lei nº 8.080/1990, todas as ações e serviços de saúde, sejam públicos ou privados e que estejam integrados ao Sistema Único de Saúde (SUS), devem seguir as disposições delineadas no artigo 198 da Constituição Federal. Isso ressalta a importância dada tanto pela Constituição Federal quanto pela legislação infraconstitucional à garantia do direito à saúde como um direito fundamental, cuja efetividade pode ser plenamente exigida do Estado, conforme será explorado mais detalhadamente neste trabalho (Brasil, 1990).

Em outras palavras, estando mais do que claro que o direito à saúde é fundamental, de responsabilidade do Estado e, hoje, materializado pelo SUS, de forma igualitária e gratuita a todos os cidadãos, parte-se, agora, para o exame daqueles casos que, por algum motivo, acabam não recebendo o atendimento desejado pelo Sistema Único de Saúde e qual é a solução para tais impasses.

2.3 Da judicialização da saúde:

Como já dito no tópico acima, o Estado criou o SUS, a fim de concretizar o direito fundamental à saúde, de modo que todos os cidadãos, independente de classe social, recebam tratamento médico igualitário e, principalmente, gratuito (Brasil, 1990).

No entanto, algumas vezes, o SUS não consegue fornecer determinado medicamento – porque está em falta – ou realizar determinado

procedimento/cirurgia com a urgência que cada caso requer. Neste tópico, a pretensão é de esclarecer ao leitor quais são as formas de resolver essas omissões por parte do Estado.

As razões por trás da falha do Estado não podem ser analisadas sem adentrar na esfera da separação dos poderes. Não é segredo que hoje se conta com o poder legislativo (que legisla sobre políticas públicas e outros assuntos), com o executivo (que executa as políticas públicas criadas pelo poder legislativo) e o poder judiciário (que é capaz de interferir nas políticas públicas, com prestações positivas ou negativas, a depender de cada caso concreto).

Assim, o princípio da separação de poderes é frequentemente utilizado como argumento crítico em relação às decisões judiciais que interferem nas políticas públicas de saúde, especialmente quando exigem da Administração Pública a prestação de tratamentos hospitalares ou assistência farmacêutica em situações não previstas (Silva, 2008, p. 596).

A questão da imposição judicial para fornecer cuidados de saúde é complicada devido à limitação de recursos financeiros que não foram inicialmente alocados no orçamento, já que os custos associados à implementação dessas ordens judiciais precisam ser retirados de outros programas que já possuíam destinação orçamentária prévia (Silva, 2008, p. 596).

Fato é que, na medida em que o Poder Judiciário interfere de modo a garantir o direito à saúde para uma pessoa específica, muitas vezes desconsidera a estrutura das políticas públicas e a necessidade de manter um equilíbrio razoável, interferindo em áreas que são de competência da administração pública (Medeiros, 2022).

É por isso que se diz que a crescente judicialização da saúde acarreta desafios na manutenção consistente das políticas de saúde pública, desestruturando a administração e dificultando a alocação eficiente dos recursos. Como resultado, o desequilíbrio no orçamento estatal compromete a realização efetiva do direito à saúde coletiva, ao qual o Estado está vinculado para garantir políticas de saúde mantidas pelo SUS.

Para finalizar, porque o objetivo deste trabalho não é o de desvendar, de forma aprofundada, em que consistem os direitos fundamentais ou o SUS,

cabe pontuar que, nos casos em que o direito à saúde não é atendido, gratuitamente, pelo Estado, há possibilidade de o titular de direitos ingressar com a respectiva ação judicial, a fim de um Magistrado analise o caso e, se assim entender, obrigue o ente público a entregar determinado medicamento/tratamento.

Isso, entretanto, pode gerar nefastos problemas no próprio orçamento estatal e impedir, no futuro, o cumprimento de outras obrigações, até porque não se desconhece que os recursos públicos não são infinitos.

3 DO SURGIMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Não é segredo que o Estado enfrenta diversos desafios quando se fala em direito à saúde, falta de recursos, distribuição desigual de profissionais e disparidades regionais. Apesar desses problemas, o direito à saúde é pilar fundamental para garantir dignidade, bem-estar e qualidade de vida aos cidadãos brasileiros, razão pela qual é prudente analisar todas as implicações do princípio da reserva do possível, a fim de que o estudo atinja o seu objetivo principal.

3.1 Origem e conceito:

Como visto, uma das principais questões que impede a concretização do direito à saúde por parte do Estado é, justamente, a ausência de recursos para abarcar determinadas situações. Nesses casos, é comum que o Poder Judiciário interfira atravessando liminares e obrigando os entes públicos a satisfazerem os direitos dos titulares, independente da situação econômica.

Acerca disso, Ana Paula Barcelos traz um conceito bastante simples e esclarecedor acerca do que se conhece por reserva do possível:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidade materiais para esses direitos (Barcelos, 2008, p. 261).

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet entende que a reserva do possível é, simplesmente, o nome que se dá à escassez de recursos do Estado:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos 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 (Sarlete, 2009, p. 287).

Com base nisso, tem-se que a reserva do possível, quando analisada em toda a sua complexidade, é essencialmente um limite tanto jurídico quanto fático dos direitos fundamentais, mas em certas circunstâncias, pode também atuar como uma garantia desses mesmos direitos.

Por exemplo, em casos de conflitos entre direitos, é possível invocar a reserva do possível, desde que sejam respeitados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos. Isso ocorre quando há a necessidade de proteger o núcleo essencial de um direito fundamental diante da escassez de recursos disponíveis (Sarlet, 2009).

3.2 Estado como sujeito passivo nas demandas da saúde:

O compromisso do Estado em fornecer assistência à saúde, conforme delineado anteriormente, é estabelecido tanto pela Constituição da República quanto pela Lei n. 8.080/1990, que vinculam a atuação da administração pública à proteção, respeito e promoção do direito à saúde (Brasil, 1990).

Os princípios da administração pública, conforme disposto no artigo 37 da Constituição, exigem que essa atuação seja pautada pela legalidade e eficiência. Portanto, é fundamental que as ações do poder público se concentrem na prevenção e no cuidado, estruturando os serviços de saúde por meio de políticas públicas que visem satisfazer tanto os direitos individuais quanto os coletivos (Brasil, 1988).

Quando se analisa o direito à saúde através da perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, observam-se as dimensões objetiva e subjetiva, que orientam o intérprete para uma compreensão da plena eficácia do direito fundamental à saúde. Conforme destacado por Clenio Schulze, “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais gera uma eficácia que influencia as ações do legislador, do administrador, do julgador e da sociedade organizada no debate público” (Schulze, 2019).

Ora, a supervisão das políticas públicas de saúde é essencial, a proteção completa do direito à saúde na dimensão subjetiva implica no direito do cidadão de buscar do Estado-Juiz o respeito e a reparação por qualquer violação concreta ou potencial desse direito fundamental (Schulze, 2019).

De qualquer forma, deve-se ter em mente que “nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes poderá, no fim das contas, ser protegido unilateralmente pelo poder judiciário sem levar em consideração as consequências orçamentárias” (Holmes; Sustain, 2019, p. 91).

Na realidade, todo orçamento estabelece um limite que deve ser respeitado de acordo com as demandas proporcionais ao contexto econômico do Estado. Do ponto de vista econômico, as restrições orçamentárias e os recursos financeiros disponíveis são fatores limitantes para alcançar a garantia universal do direito fundamental à saúde (Scaff, 2008).

Salienta-se que, nos tribunais brasileiros, a argumentação principal em resposta às demandas de saúde é que a Constituição Federal deve ser aplicada integralmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Os cidadãos têm o direito de recorrer ao sistema judicial quando a eficácia administrativa falha em concretizar os direitos estabelecidos na Constituição.

No entanto, o desafio para efetivar o direito fundamental à saúde se encontra no âmbito prático, devido à teoria da reserva do possível. Essa teoria relativiza o caráter absoluto do direito fundamental ao confrontá-lo com os recursos econômicos e orçamentários disponíveis para o Estado prover esses direitos – e será analisada, de modo pulverizado, no tópico seguinte.

3.3 Da Teoria da Reserva do Possível:

A teoria da reserva do possível não tem o propósito de isentar o Estado de sua responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais, pelo contrário, ela envolve uma abordagem mais ampla do planejamento das atividades públicas, visando atender a uma gama maior de necessidades de forma eficiente e democrática.

Dentro desse contexto, algumas premissas devem ser estabelecidas:

a) o direito à saúde não é absoluto; b) não há um conflito direto entre a

proteção da saúde e os interesses financeiros do Estado; c) o direito à saúde é progressivamente satisfatório.

O financiamento dos direitos básicos através da arrecadação tributária os caracteriza como bens públicos, ou seja, serviços sociais financiados pelos contribuintes e geridos pelo governo visando melhorar o bem-estar tanto coletivo quanto individual. Nesse sentido, o custo dos direitos é relevante, uma vez que todos eles requerem que os contribuintes financiem um mecanismo administrativo eficaz para supervisionar o exercício desses direitos e aplicá-los quando necessário (Holmes; Sunstein 2019, p. 46).

Neste viés, a escassez de recursos é uma justificativa legítima para o governo não conseguir garantir os direitos de forma absoluta, sendo necessário um investimento seletivo dos recursos limitados. Em relação a esse investimento seletivo, é importante que haja uma alocação transparente e democrática dos recursos, com prestação de contas adequada, levando em consideração princípios de equidade e justiça distributiva (Holmes; Sunstein 2019, p. 46).

Ao negar demandas individuais em saúde para preservar o princípio da legalidade administrativa, o Poder Judiciário pode estar seguindo a lei, mas não necessariamente promovendo justiça, há evidências suficientes para sugerir que questões individuais de saúde não são apropriadas para serem resolvidas no âmbito judicial e, em vez disso, deveriam ser tratadas pelos órgãos administrativos municipais, estaduais e federais, com supervisão do Ministério Público e dos Defensores Públicos (Carlini, 2014).

Existe uma ideia equivocada no Brasil de que a má gestão dos recursos pela administração pública é a única causa da escassez de recursos. Isso leva a alegação do Estado sobre a reserva do possível a ser vista como uma desculpa para favorecer interesses duvidosos de administradores públicos e seus aliados políticos.

No entanto, para algumas necessidades de demanda constante, como é o caso da saúde pública, os recursos nunca serão completamente suficientes, portanto, é crucial administrar os recursos com um planejamento técnico e estratégico, de forma a atender o máximo possível de necessidades.

4 DOS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Como visto acima, o direito à saúde é garantido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de todos os cidadãos, assegurado pelo Estado. Contudo, sua efetivação está ligada ao princípio da reserva do possível, que reconhece que o fornecimento de serviços públicos está condicionado à disponibilidade de recursos financeiros e materiais. Esse equilíbrio exige que o Estado atue para garantir o acesso à saúde, mas dentro das limitações orçamentárias existentes.

Assim, embora o direito à saúde seja universal, sua implementação prática depende de uma gestão eficiente dos recursos públicos para evitar violações desse direito, respeitando sempre os limites da capacidade estatal. Neste tópico, será analisado quando o princípio da reserva do possível pode ser utilizado para negar determinado tratamento de saúde.

4.1 Custo do direito à saúde no orçamento público:

Como se sabe, o orçamento público, além de viabilizar as ações relacionadas aos direitos sociais, tem a função de estabelecer a arrecadação tributária e patrimonial, promover a redistribuição de renda e incentivar o desenvolvimento econômico. Ele também busca manter o equilíbrio social, assegurando uma relação adequada entre receitas, despesas e investimentos, conforme planejamentos anuais ou plurianuais (Torres, 2008).

No contexto da divisão de competências constitucionais, seria papel do Poder Legislativo determinar quais prioridades devem ser atendidas entre as diversas demandas existentes, considerando a limitação dos recursos públicos. Essa atribuição se justifica pela legitimidade e responsabilidade decorrentes do processo democrático, além do fato de que o legislativo possui um entendimento mais abrangente das receitas disponíveis e das necessidades da sociedade (Brasil, 1988).

Acerca da concretização dos direitos sociais fundamentais, em razão do controle exercido pelo Poder Judiciário, é frequente a crítica sobre as limitações jurídico-financeiras impostas pelas normas que regulam o orçamento público, pois, como dito acima, cabe ao poder público estabelecer as

prioridades e definir a alocação dos recursos disponíveis para a gestão econômica e financeira do Estado (Torres, 2008).

Todavia, destaca-se que, o que impede a efetivação dos direitos fundamentais sociais, não é necessariamente a falta de recursos, mas sim a decisão política de não destinar verbas suficientes para as ações relacionadas a esses direitos. O argumento de esgotamento orçamentário é frequentemente utilizado para justificar escolhas difíceis, que na verdade representam decisões políticas que optaram por não priorizar a proteção de determinados direitos (Galdino, 2002).

É por isso que, para alguns doutrinadores, a reserva do possível vai além das limitações financeiras na concretização dos direitos fundamentais, abrangendo também a razoabilidade das demandas e a universalidade das decisões. Alegar que os direitos sociais fundamentais dependem exclusivamente da discricionariedade ou das decisões dos poderes públicos – que determinariam se tais direitos serão disponibilizados à sociedade – implica dar ao governo uma liberdade excessiva sobre o orçamento, o que contraria os princípios democráticos, pois a participação efetiva dos cidadãos no processo deliberativo exige que eles tenham, no mínimo, o acesso garantido a esses direitos essenciais (Barroso, 2009).

Em que pese não se tenha espaço para escolhas totalmente livres nas decisões orçamentárias, isso não implica que o Poder Judiciário deva desconsiderar a existência de previsão orçamentária para a efetivação dos direitos sociais. As alocações orçamentárias não devem ser vistas como barreiras absolutas ao controle judicial, mas precisam ser levadas em conta pelo magistrado durante o processo de análise de cada demanda social (Sarmiento, 2008).

Especificamente sobre a saúde, não é de hoje que os aplicadores do direito têm demonstrado preocupação com a questão do orçamento público, tendo em vista a extrema dificuldade de se atender toda à população em decorrência dos recursos que são escassos e finitos:

O financiamento da saúde é, por motivos diversos, objeto de preocupação em quase todos os países. Nos países desenvolvidos, que investem parcela considerável do seu Produto Interno Bruto em saúde, cresce a preocupação com a eficiência, efetividade e equidade nos gastos, uma vez que o incremento nos dispêndios com serviços

médico-assistenciais não redundam, necessariamente, em melhores condições de saúde e nem resolvem, automaticamente, as iniquidades no acesso aos serviços. Nos países em desenvolvimento, por sua vez, existe o problema adicional de estender a cobertura a toda a população e de atender as exigências de financiamento setorial em concorrência com outras necessidades do desenvolvimento social e econômico (Ribeiro; Piola, Servo, 2007).

E o Projeto de Lei Orçamentária Anual referente a 2024, prevê que o gasto reservado ao Ministério da Saúde é de 231,3 bilhões anuais (Brasil, 2024), sendo que tal valor, ao que parece, ainda é insuficiente para custear todas as demandas relacionadas, tendo em vista as longas filas de espera para consultas, exames e cirurgias eletivas.

Por fim, destaca-se que, como não se pode mudar – ao menos por ora – as limitações financeiras do Estado, deve-se pensar em soluções para que a maior parte da população seja atendida quando se fala em saúde. E é por isso que os tribunais superiores tem definido critérios para selecionar qual cidadão deve, ou não, receber o atendimento gratuito – como se verá no tópico seguinte.

4.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou sobre a reserva do possível em relação ao direito à saúde, reconhecendo que essa noção implica limites à obrigação do Estado de fornecer serviços e tratamentos à população. Em resumo, nas suas decisões, a corte argumenta que, devido à escassez de recursos públicos, não é viável garantir a universalidade e integralidade dos direitos de saúde, o que justifica a necessidade de estabelecer prioridades na alocação orçamentária.

Tanto é assim que, ainda em 2009, o STJ consolidou, no julgamento do REsp 1.041.197/MS, o entendimento de que o controle judicial das políticas públicas é possível em casos excepcionais, especialmente nas questões relacionadas ao direito à saúde, desde que o indivíduo esteja buscando garantir o seu mínimo existencial, vedando-se o deferimento de prestações supérfluas – até porque, as finanças do Estado não são infinitas:

O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial (Brasil, 2009).

Logo, o princípio da separação dos poderes não deve ser usado, quando se fala em garantir o cumprimento das políticas públicas essenciais, como barreira à realização de tais direitos, de modo que o próprio Superior Tribunal de Justiça enfatizou, há mais de 10 anos, que a reserva do possível não pode ser invocada para negar o mínimo existencial.

Ademais, em 25 de abril de 2018, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso Especial n. 1.657.156/RJ, confirmando que o Estado não pode negar o mínimo existencial ao paciente, estabeleceu critérios específicos para a concessão de medicamentos que não estão incorporados no Sistema Único de Saúde (SUS): apresentação de um laudo médico detalhado, emitido pelo médico responsável pelo paciente, que comprove a necessidade essencial do medicamento e a ineficácia dos tratamentos disponíveis pelo SUS; demonstração da incapacidade financeira do paciente para arcar com o custo do medicamento prescrito; e comprovação de que o medicamento possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Brasil 2018).

Por fim, em 2024, a corte superior definiu que, na hipótese de demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas de interesse social, sem que haja invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Com efeito, "o controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a 'inescusável omissão estatal' na sua efetivação atinja direitos essenciais incluídos no conceito de mínimo existencial" (Brasil, 2024).

Assim, vê-se que o tribunal tem ressaltado que, ao considerar as demandas judiciais referentes à saúde, é fundamental avaliar se a prestação de serviços solicitada está dentro das capacidades orçamentárias do Estado. Assim, o STJ busca um equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e as limitações financeiras do sistema de saúde pública, enfatizando que a

judicialização não pode levar a uma sobrecarga insustentável dos recursos públicos.

Além disso, o STJ enfatiza que as decisões sobre a oferta de tratamentos e medicamentos devem ser baseadas em critérios técnicos e científicos, e não apenas na vontade dos indivíduos que recorrem ao Judiciário. Dessa forma, o tribunal busca garantir que a atuação do Judiciário respeite as diretrizes estabelecidas pelo SUS e as condições financeiras do Estado, enquanto ainda protege os direitos à saúde de maneira justa e razoável.

4.3 Reserva do possível como aquilo que o cidadão pode requerer de modo razoável à sociedade:

A reserva do possível é um princípio que se refere à ideia de que a concretização dos direitos sociais deve estar limitada pela disponibilidade de recursos financeiros do Estado. Em outras palavras, esse conceito reconhece que, embora os direitos sociais, como saúde, educação e assistência social, sejam fundamentais e garantidos pela Constituição, sua implementação efetiva enfrenta restrições orçamentárias.

Nesse contexto, a reserva do possível sugere que os cidadãos podem exigir do Estado a garantia de direitos sociais, mas essa exigência deve ser razoável e proporcional às condições financeiras disponíveis. O conceito implica que a realização desses direitos não pode ser ilimitada, pois o Estado não possui recursos infinitos e deve priorizar a alocação de verbas conforme as necessidades mais urgentes da sociedade.

Em uma Constituição como a brasileira, que reconhece uma ampla gama de direitos fundamentais e sociais formulados de maneira generosa, há uma pressão para considerar como não obrigatórias todas as normas cuja implementação total não é viável, tratando-as apenas como objetivos programáticos (Alexy, 2009).

A interpretação do princípio da reserva do possível destaca a necessidade de uma análise equilibrada entre o direito do cidadão e as limitações do Estado. Isso significa que o Judiciário, ao avaliar demandas relacionadas a direitos sociais, deve considerar não apenas a necessidade do requerente, mas também a capacidade do Estado de atender a essa demanda

sem comprometer a sustentabilidade financeira e a efetividade de outros serviços públicos.

Tanto é assim, que Robert Alexy, em uma de suas obras, destaca o seguinte sobre o assunto:

Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade” (ALEXY, 2011, p. 69).

Essa abordagem promove uma visão de responsabilidade compartilhada entre o Estado e os cidadãos. Os cidadãos têm o direito de reivindicar o atendimento às suas necessidades básicas, mas também precisam compreender que essas reivindicações devem ser feitas dentro de um contexto de razoabilidade, onde o Estado deve agir com prudência na alocação de recursos.

Além disso, a reserva do possível incentiva a busca por soluções alternativas e criativas para a satisfação das demandas sociais. Em vez de depender exclusivamente da judicialização, os cidadãos e o Estado podem colaborar para encontrar formas de garantir o acesso a direitos essenciais dentro das limitações orçamentárias, promovendo uma gestão pública mais eficiente e responsável.

Portanto, não deve ser vista como uma justificativa para a negação de direitos, mas sim como um parâmetro que orienta a construção de políticas públicas que busquem equilibrar as necessidades da população com a realidade financeira do Estado. Essa perspectiva é crucial para garantir a dignidade e o bem-estar social, reconhecendo que, mesmo em um cenário de recursos limitados, é possível trabalhar em prol de uma sociedade mais justa e igualitária.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, foi abordado o direito à saúde no Brasil a partir de diversas perspectivas, começando pela análise de sua natureza como direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 e os desafios para sua plena concretização.

A estrutura e o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) foram explorados, destacando-se as questões de gestão e financiamento que impactam a qualidade e abrangência dos serviços prestados. O trabalho também aprofundou a discussão sobre a judicialização da saúde, um fenômeno crescente em que o Judiciário tem sido acionado para garantir o acesso a tratamentos e medicamentos, refletindo as limitações do SUS em atender todas as demandas.

O conceito e a aplicação do princípio da "reserva do possível" foram analisados, considerando sua origem e o papel do Estado como sujeito passivo nas demandas de saúde. Por fim, o estudo investigou os limites do direito fundamental à saúde, levando em conta os custos envolvidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o objetivo de entender até que ponto o Estado pode ser obrigado a atender tais demandas, respeitando a razoabilidade e os recursos disponíveis.

Após, concluiu-se que, embora o direito à saúde seja um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, sua efetiva implementação enfrenta desafios significativos, tanto no âmbito prático quanto jurídico.

O exame do Sistema Único de Saúde (SUS) revela que, apesar de sua importância como principal mecanismo público de promoção e proteção da saúde, ele enfrenta limitações estruturais e financeiras que comprometem sua capacidade de atender todas as necessidades da população de forma plena e equitativa.

A crescente judicialização da saúde, em que cidadãos recorrem ao Poder Judiciário para garantir o acesso a tratamentos e medicamentos, evidencia uma tentativa de suprir as lacunas existentes no sistema público. No entanto, a prática também levanta questões sobre os limites da atuação estatal,

especialmente à luz do princípio da "reserva do possível", que busca equilibrar os direitos sociais com a disponibilidade orçamentária do Estado.

Como visto, a aplicação do princípio da "reserva do possível" é essencial para reconhecer que o Estado, diante da escassez de recursos, não tem condições de atender a todas as demandas de saúde apresentadas pela sociedade. O orçamento público é finito e a priorização dos recursos é uma necessidade inevitável para garantir a sustentabilidade financeira do SUS – e o reconhecimento desta limitação não implica a negação do direito à saúde, mas sim a necessidade de uma abordagem razoável e responsável na definição das obrigações estatais.

Portanto, o papel do Judiciário deve ser orientado por um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a consideração das limitações financeiras e administrativas do Estado. É essencial que as decisões judiciais sejam pautadas por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de forma a não comprometer o funcionamento do sistema de saúde como um todo.

Dessa maneira, torna-se possível buscar soluções que, embora não sejam capazes de garantir a universalidade e integralidade absolutas do direito à saúde, possam oferecer um atendimento digno e efetivo dentro das possibilidades do Estado.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abri. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgInt no REsp 1.304.269/MG**, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 20/10/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 1.041.197/MS**, Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 16/9/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1.993.143-SC, **Relator Ministro Herman Benjamin**, Segunda Turma, por unanimidade, DJe 6/8/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Primeira Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS**. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. **Orçamento Cidadão - Projeto de Lei Orçamentária Anual 2024**.

Disponível em:

https://www.gov.br/planejamento/pt-br/assuntos/orcamento/arquivos/2024_03_07-orcamento-cidadao-ploa-2024.pdf. Acesso em 17 de out. 2024.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social. n. 34. Cidade: Editora, abr.-jun. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

RIBEIRO, J. A. C.; PIOLA, S.; SERVO, L. M. **As novas configurações de antigos problemas: financiamento e gasto com ações e serviços públicos de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: CEBES, 2007. (Divulgação em Saúde para Debate, n. 37).

SILVA, Virgílio Afonso. da. **O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticojurídicos**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHULZE, Clenio Jair. **Novos parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios Para A Teoria Da Decisão Judicial. 2019**. Tese (Doutorado), Curso de Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2019.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KRELL, Andrea. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha - os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.