



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A aplicabilidade do princípio da reserva do  
possível e o direito ao acesso à saúde

Stefannie Myriam Quelhas Billwiller

Rio de Janeiro  
2014

STEFANNIE MYRIAM QUELHAS BILLWILLER

A aplicabilidade do princípio da reserva do possível  
e o direito ao acesso à saúde

Artigo Científico apresentado  
como exigência de conclusão de  
Curso de Pós-Graduação Lato  
Sensu da Escola de Magistratu-  
ra do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2014

## A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO AO ACESSO À SAÚDE.

Stefannie Myriam Quelhas Billwiller

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO. Advogada. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

**Resumo:** O presente trabalho visa esclarecer a aplicação do princípio da reserva do possível, que tem como base a possibilidade mínima de despendio de verbas públicas e o direito ao acesso à saúde por pessoas com graves doenças que não possuem recursos para buscar tratamentos particulares.

**Palavra-chave:** Direito Constitucional. Direito Administrativo. Princípio da Reserva do Possível. Direito Fundamental. Acesso à Saúde. Custos do direito. Tribunais Superiores.

**Sumário:** Introdução. 1. Os Direitos Fundamentais e o Acesso à saúde. 2. O custo dos direitos fundamentais: a atividade estatal demanda recursos. 3. O princípio da reserva do possível. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO:

Neste trabalho, pretende-se demonstrar que o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado é atividade que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais, tais como a proteção ao mínimo existencial e dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 optou pelo regime democrático logo em seu preâmbulo, ao afirmar que a Assembléia Constituinte se reuniu para instituir um Estado Democrático.

Diante disso, ao pensarmos em democracia, devemos associá-la, dentre outras idéias, a idéia de igualdade; igualdade essa de oportunidades, que no presente trabalho tem como enfoque as ações igualitárias referentes a saúde.

O artigo 196 da Carta Magna estipula ser direito de todos e dever do Estado o acesso universal e igualitário a saúde. Ocorre que, as omissões estatais no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas e destinadas a assegurar o acesso a saúde são recorrentes na realidade do sistema público de saúde no Brasil; cabendo ao judiciário, por vezes, efetivar o mandamento constitucional.

Ocorre que, há posicionamentos no sentido de que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto a construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível.

A questão ganha importância e complexidade em razão de ambos os lados dessa disputa serem coerentes e de certa forma ocuparem o mesmo patamar axiológico.

Parte da doutrina entende que quando o judiciário efetiva determinados direitos constitucionais particulares, sem atentar para as conseqüências globais da destinação de recursos públicos, ou seja, sem analisar o custo que tal decisão pode acarretar para a máquina pública – custo do direito -, ele acaba por inviabilizar outros direitos da coletividade, ocorrendo invariável prejuízo para o todo.

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização do direito a saúde, argumentam que esse direito é indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, além do caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, não havendo que se falam em reserva do possível quando o assunto é saúde.

Assim, de forma ampla restará demonstrado o que consiste o princípio da reserva do possível, bem como sua aplicabilidade – ou inaplicabilidade – dentro do direito à saúde; além

de analisarmos os recentes julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal referentes a polemica questão.

## **1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O ACESSO À SAÚDE**

Os direitos fundamentais têm grande carga axiológica no ordenamento jurídico brasileiro. A vida, a liberdade, a propriedade, a igualdade, bem como todos os seus desdobramentos encontram-se protegidos e positivados na Constituição Federal de 1988. O “direito” aqui tratado é aquele que busca a proteção do bem tutelado e as “garantias”, por sua vez, traduzem-se no direito de se exigir do Poder Público a proteção de seus direitos; assegurando sobre tudo a sua aplicação.

Sob o prisma da Carta Magna os direitos fundamentais encontram-se espalhados por todo o corpo constitucional, não se esgotando no Título II, e se classificam em (a) direitos individuais, que são aqueles que delimitam a esfera de autonomia dos indivíduos, estabelecendo as áreas onde estão a salvo da interferência do Estado e de outros homens (art.5º); (b) direitos coletivos, que representam os direitos do homem integrante de uma coletividade (art. 5º); (c) direitos sociais, reguladores das relações sociais e culturais, dividindo-se em direitos sociais propriamente ditos (art. 6º) e direitos trabalhistas (art.7º); (d) direitos à nacionalidade, definidores da forma de obtenção, exercício e perda da nacionalidade (art. 12 e 13);e (e) direitos políticos e partidos políticos, que definem a forma de participação no exercício do poder político (art. 14 a 17).<sup>1</sup> Para análise do presente estudo, destacam-se os direitos sociais, no qual está inserido o direito à saúde.

---

<sup>1</sup> MARTINS, Flávia. *Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011. p. 145.

Os direitos sociais são classificados como direitos fundamentais do indivíduo, garantidos pelo art. 25 da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948<sup>2</sup>:

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

Segundo o art. 6º da CRFB/88 são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (...). Classicamente, tais direitos são incluídos na segunda geração de direitos fundamentais que é fundada no ideário da igualdade, significa uma exigência ao poder público no sentido de que esse atue em favor do cidadão. Esta necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos não mais considerados individualmente, mas sim de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida<sup>3</sup>.

O direito ao acesso à saúde ficou substancializado no corpo constitucional no art. 196, que diz: “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”.

O Professor José Afonso da Silva<sup>4</sup> comenta o citado dispositivo de forma brilhante:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos. O direito à saúde rege-se pelo princípio da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.

---

<sup>2</sup> Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acesso em 27 abr de 2014.

<sup>3</sup> Direitos Fundamentais de Segunda Geração. Disponível em <<http://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100008809/direitos-fundamentais-de-segunda-geracao>> Acesso em 27 abr de 2014.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 36.ed. São Paulo: Malheiro. 2013. p. 265.

Ou seja, o acesso universal à saúde deve ser feito através de políticas sociais e econômicas, de responsabilidade e competência dos entes públicos – art. 23, II da CRFB/88 – podendo a iniciativa privada exercê-la de forma complementar.

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (art. 197 da CF).

A Emenda Constitucional nº 29/2000 procurou assegurar recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços de saúde – art. 198 §2º da CRFB/88.

Não poderia ser de outra forma que o Supremo Tribunal Federal interpreta o direito ora discutido como sendo indisponível e impõe sua implementação objetiva ao Estado de forma que este seja responsável por viabilizá-lo:

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço<sup>5</sup>.

Ademais, necessário ressaltar o caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas com conteúdo e programático que veiculam diretrizes de políticas públicas.

A saúde tem grande carga axiológica, pois está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades socioculturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais<sup>6</sup>. Já o mínimo existencial, de acordo com Ana Paula de Barcellos<sup>7</sup>,

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 734.487-AgR. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em 14 out de 2104.

<sup>6</sup> ANDRADE, André Gustavo Correia de. O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial. Disponível em <[http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi\\_const/o\\_principio\\_fundamental\\_da\\_dignidade\\_humana\\_e\\_sua\\_concretizacao\\_judicial.pdf](http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf)> Acesso em 28 abr de 2014.

<sup>7</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.122.

corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerada não apenas como experiência física – sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

O mínimo necessário à existência constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo<sup>8</sup>.

Os princípios acima mencionados ultrapassam a mera garantia de sobrevivência física do ser humano, de forma a garantir que todos são merecedores de uma vida digna, não podendo se confundir jamais com o mínimo vital ou de sobrevivência, sob pena de violação à própria Constituição Federal.

Adiantando linhas à frente, o Supremo Tribunal Federal vem aplicado os princípios em questão de forma a efetivar o direito à saúde diante a omissão do Estado. Isso porque, segundo a corte suprema, tem o Poder Judiciário o dever legal e legitimidade para suprir as omissões inconstitucionais quando estas acarretam grave prejuízo.

[...] OBRIGAÇÃO JURÍDICO- -CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) (...) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMOEXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO)<sup>9</sup> [...]

---

<sup>8</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>> Acesso em 28 abr de 2014.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG.RE 581.352 AZ. Min Rel. Celso de Melo. 22.11.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>>. Acesso em 14 out de 2014.

Dessa forma, o acesso à saúde está intrinsicamente ligada aos princípios da dignidade de da pessoa humana e do mínimo existencial, merecendo proteção e atenção por parte dos entes públicos. Ademais, a corte suprema na decisão acima colacionada, efetiva o chamado princípio da máxima efetividade que decorrente do princípio da supremacia da constituição, consiste em um dever de dar prevalência a interpretações que contribuem para uma eficácia mais plena possível da lei fundamental.

Em julgado emblemático sobre o tema de efetivação de políticas públicas – ADPF 45 -, o STF enfrentou a questão de forma a rechaçar o argumento da Administração Pública de escassez de recursos financeiros:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou políticoadministrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...] <sup>10</sup>

A questão, no entanto está longe de ser pacificada. Há decisões em diversos Tribunais de Justiça do país e também no Superior Tribunal de Justiça que afastam a possibilidade de efetivação da política pública de acesso a saúde em razão da impossibilidade econômica do Estado cumprir com eventual ordem contrária.

Essas decisões e seus argumentos serão analisadas nos próximos capítulos do trabalho científico, no entanto, adianta-se que é em razão do princípio da reserva do possível, bem co-

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC / DF – Distrito Federal – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 out de 2014.

mo não termos adotado o caráter absoluto de nenhum direito fundamental que muitas vezes o acesso a saúde é negado pelo judiciário.

## **2. O CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ATIVIDADE ESTATAL DEMANDA RECURSOS.**

A função precípua do Estado Constitucional contemporâneo pode ser resumida a proteção dos direitos fundamentais.

Como mencionado em linhas acima, os direitos fundamentais podem ser de natureza prestacional, como por exemplo, os direitos fundamentais sociais, cujo o direito a saúde encontra-se inserido. Esses direitos dependem de uma atuação material direta por parte do Estado para sua efetivação, o que por consequência gera necessidade de dispêndio de dinheiro por parte da máquina pública.

Isso não significa dizer que os demais direitos fundamentais – como os direitos fundamentais negativos, que a princípio são aqueles em que Estado deve se abster de interferir na esfera de ação do cidadão- não gerem custos a Administração Pública. Quando a constituição garante a liberdade de locomoção, implicitamente tem-se os gastos como a segurança pública, por exemplo, a fim de garantir o efetivo exercício de tal direito.

Diante desse raciocínio, resta claro que os direitos custam dinheiro, ou seja, é necessário verba para a sua implementação. Nesse sentido, em 1999, os juristas norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein publicaram a obra “O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende de impostos” que veio a se tornar um marco na área atinente a direitos humanos fundamentais e sua implementação.

A Teoria do Custo dos Direitos propõe que o Estado, para se manter, precisa da receita dos tributos; e, como há uma extensa lista de atividades a implementar, nem sempre o quantum apurado será suficiente para tudo; isso porque os recursos orçamentários estatais são fini-

tos, podendo, assim, haver situações em que direitos fundamentais não serão implementados<sup>11</sup>.

Em razão da limitação de recursos orçamentários e da consequente impossibilidade de efetivação de todos os direitos fundamentais, passou-se a sustentar a chamada Teoria da Reserva do Possível.

### 3. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL:

De acordo com Flávia Danielle Santiago Lima<sup>12</sup>, “o conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos.”

#### 2.1. Histórico:

Como acima mencionado, o princípio em análise tem origem alemã e foi criado a partir de julgado sobre o direito de acesso ao ensino superior. A corte constitucional alemã “*Corte de Karlsruhe*” reconheceu a existência de uma norma-princípio implícita segundo a qual todo cidadão que haja concluído o ensino médio deve ter acesso ao ensino superior de sua livre escolha, direito esse que encontra limite na cláusula da reserva do possível, que foi basicamente conceituado como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade<sup>13</sup>”.

---

<sup>11</sup> COELHO. Liliâne. Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais. Algumas considerações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3250, 25 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21850>>. Acesso em: 16 set. 2014.

<sup>12</sup> *Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível* <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)> Acesso em 02 de set de 2014.

<sup>13</sup> FRANCISCO. José Carlos. Coordenador de *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional*, Elival da Silva Ramos, artigo: “Eficácia das normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judiciário”. Belo Horizonte: DelRey. 2012. p.243.

Tecendo breves linhas sobre o caso, a Corte alemã decidiu em demanda judicial ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha na época, que o direito à prestação positiva, o número de vagas nas universidades, encontrava-se dependente da reserva do possível, firmando posicionamento de que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar.

Dessa forma, a corte, pautada na Teoria dos Custos do Direito, encontrou respaldo na razoabilidade da pretensão frente às necessidades da sociedade.

Conclui-se, então, que a teoria da Reserva do Possível, em sua origem, não se debruça exclusivamente à existência de recursos financeiros, suficientes para a efetivação dos direitos, mas, sim, à razoabilidade da pretensão proposta frente à sua possibilidade de concretização.

## **2.2. Aplicabilidade do princípio da reserva do possível no Brasil:**

Os Tribunais pátrios aplicam a teoria objeto de estudo, diferentemente de sua origem, como teoria da reserva do financeiramente possível, sendo esta considerada como limite à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais. Isso porque, como acima aditado, as normas de eficácia limitada, como a norma constitucional de direito à saúde, exigem além de mero comando legal, uma ação estatal, capaz de produzir a adaptação fática com a norma.

Passou-se, então, a enxergar a reserva do possível como teoria formada por dois elementos: um fático e outro jurídico. O elemento fático refere-se à disponibilidade de recursos financeiros capaz de satisfazer o direito material, e o jurídico à existência de autorização orçamentária, para o Estado despender os respectivos recursos.

Nesse diapasão, a teoria passou a ser utilizada como verdadeira justificativa para ausência Estatal, uma forma jurídica que o Estado encontrou para não cumprir com o seu papel

constitucional de provedor das necessidades da sociedade, representadas, mesmo, pelos direitos fundamentais e sociais ali descritos.

Diante dessa realidade, em que a saúde passou a ser proporcional à situação econômica do indivíduo, ou seja, somente quem tem condições financeiras de arcar com uma boa assistência médica é quem efetivamente faz jus ao disposto no art. 196 da Constituição da República, que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de ser constitucional a intervenção do poder judiciário na efetivação de políticas públicas quando ausente o Estado.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental<sup>14</sup>.

No entanto, em que pese a possibilidade de efetivação do direito por parte do poder judiciário, há o entendimento de que o princípio da reserva do possível, em alguns casos, prevalece diante ao direito constitucional do acesso à saúde.

### **2.3. A (não) prevalência do princípio da reserva do possível:**

O princípio da reserva do financeiramente possível incide no campo da saúde, cujas normas constitucionais atribuíram, ao poder público, o encargo de custear a satisfação dessa necessidade indispensável à própria vida. Preceitua o aludido princípio que a Administração Pública só pode fazer aquilo que possui condições financeiro-orçamentárias para realizar, le-

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 5982112 ED/ PR. 2ª Min. Rel, Celso de Melo. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=598212&classe=AI-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 23 set de 2014.

vando-se em conta o planejamento orçamentário e a arrecadação, sob pena de, violada tal cláusula, frustrarem-se os demais projetos estatais para a área<sup>15</sup>.

O argumento principal por quem entende necessário a aplicação da reserva do possível no âmbito da saúde também tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e a supremacia do interesse público frente ao interesse particular.

Argumenta-se que quando o Estado é obrigado a dispendar verba para o custeio de tratamento de uma só pessoa, o de outras várias resta prejudicado. Dessa forma, a dignidade humana da coletividade estaria em perigo.

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO. LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. FORNECIMENTO INDISCRIMINADO DE PRÓTESES. POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1.O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública. 2.Compete à Administração Pública fixar as diretrizes da política social e econômica que visam a saúde de toda população. 3.Agravo Regimental não provido.<sup>16</sup>

Em que pese a coerência dos argumentos apresentados, faz-se necessário analisar a questão sobre prisma diverso: a diferença entre interesse público e interesse estatal.

Luiz Roberto Barroso<sup>17</sup>, divide o interesse público entre interesse público primário e secundário:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-

<sup>15</sup> BRASIL. TJRJ. Apelação 0071293-09.2006.8.19.0004. Rel. Des. Sidney Hartung. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000112732>>. Acesso em 13 out de 2014.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg na Suspensão de Tutela Antecipada nº 81 - SC (2004/0062451-9). Rel. Min. Edson Vidigal. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24919747/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-431420-mg-2013-0378235-3-stj/relatorio-e-voto-24919749>>. Acesso em: 14 out de 2014.

<sup>17</sup> Apud BORGES, Alice Gonzales. *Supremacia do interesse público*: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico, n. 15. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf)>. Acesso em 03 de set de 2014.

membro, do Município ou de suas autarquias. (...) O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário.

Trazendo a questão à baila da discussão, é possível afirmar que quando um particular busca a efetivação de um direito prestacional, como o tratamento médico, ou o fornecimento de um medicamento específico pelo SUS, postula-se na verdade um direito público primário, que de acordo com o disposto acima, é do Estado a obrigação de lhe assegurar. Em contrapartida, se o Estado opõe-se a tal pretensão, estaria defendendo um interesse meramente estatal, ou seja, satisfazendo o interesse público secundário em detrimento do primário.

Dessa forma, em que pese esforços argumentativos, não há como diante do direito fundamental ao acesso à saúde, prevalecer o princípio da reserva do possível. Isso porque, deve-se reconhecer a sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

## **CONCLUSÃO:**

No presente artigo científico, a respeito do acesso à saúde e aplicabilidade do princípio da reserva do possível no poder judiciário, pretendeu-se demonstrar o valor desse direito constitucional diante do Estado Democrático de Direito, bem como comprovar através de casos concretos que sua aplicação deve prevalecer frente ao argumento do financeiramente possível.

Os argumentos que contrariam a tese, tais como (a) o poder judiciário não pode intervir na esfera administrativa e na sua discricionariedade sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes e (b) os direitos geram custos ao Estado e não necessariamente será possível viabilizar economicamente uma decisão judicial que despense o gasto de verba pú-

blica para o custeio de tratamentos com saúde; foram cabalmente rechaçados ao longo do presente trabalho.

Como demonstrado, em que pese os argumentos contrários, deve-se frisar que a interferência do poder judiciário em questões como a analisada, não violam o princípio da separação dos poderes, haja vista que decisões judiciais apenas reconhecem o direito do cidadão de acesso à saúde, consubstanciando, inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana, não havendo que se falar, pois, em violação à separação dos poderes.

Ademais, com relação à alegação de violação ao princípio da reserva do possível, ressalta-se que o aludido encontra limitação no dogma constitucional do mínimo existencial. O Estado não pode invocar tal princípio com a finalidade de se eximir de promover, os meios pelos quais os indivíduos tenham a possibilidade de viver uma vida digna, ou até mesmo sobreviver, como ocorre na maioria das vezes em que se recorre ao judiciário para poder ter acesso a medicamentos e exames.

Como o objetivo maior do Estado é promover a dignidade da pessoa humana - e é exatamente por esse motivo que há a tributação, visando a possibilitar a atuação positiva estatal no implemento das políticas públicas, notadamente na área da saúde - , então, não se pode olvidar que o fim precípua da Administração Pública deve ser o de promover a dignidade da pessoa humana e, em havendo conflito entre os supramencionados princípios, não restam dúvidas de que o que prevalecerá o mínimo existencial e por consequência o acesso a saúde.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

AGRA, Walver de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 10. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 25.ed. Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 734.487-AgR. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814> >. Acesso em 14 out de 2104.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AG.REG.RE 581.352 AZ. Min Rel. Celso de Melo. 22.11.2013. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf> >. Acesso em 14 out de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC / DF – Distrito Federal – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >. Acesso em: 10 out de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AI 5982112 ED/ PR. 2ª Min. Rel, Celso de Melo. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=598212&classe=A I-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 23 set de 2014.

\_\_\_\_\_. TJRJ. Apelação 0071293-09.2006.8.19.0004. Rel. Des. Sidney Hartung. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000112732>>. Acesso em 13 out de 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg na Suspensão de Tutela Antecipada nº 81 - SC (20040062451-9). Rel. Min. Edson Vidigal. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24919747/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-431420-mg-2013-0378235-3-stj/relatorio-e-voto-24919749>>. Acesso em: 14 out de 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCISCO, José Carlos. Coordenador de *Neoconstitucionalismos e Atividade Jurisdicional*, Elival da Silva Ramos, artigo: “*Eficácia das normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judiciário*”. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 36.ed. São Paulo: Malheiro, 2013.